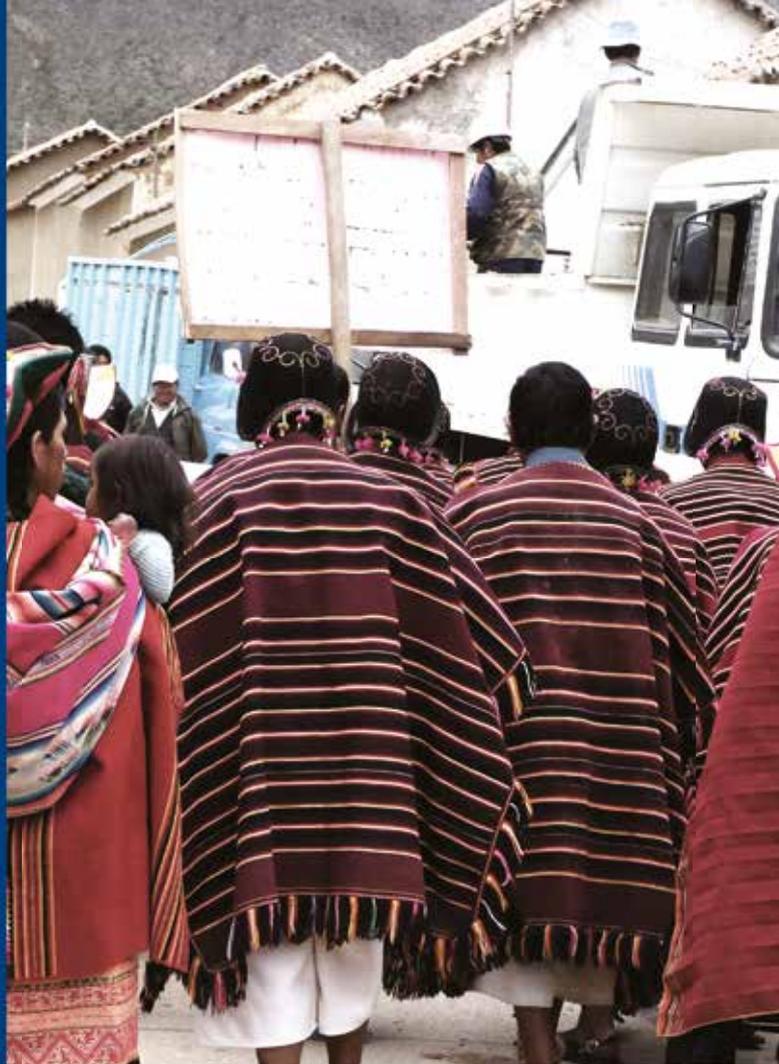


**El Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI) en América Latina de la Fundación Konrad Adenauer (KAS)**

La KAS trabaja más de 50 años en la cooperación internacional en América Latina y está presente en más de 80 países de todo el mundo. El objetivo principal de trabajo es prestar un aporte a la profundización de procesos democráticos y al fortalecimiento del Estado de derecho.

En el año 2006 se formó el PPI, sobre todo porque existe la convicción que una democracia a mediano y largo plazo sólo puede ser estable cuando es visible la participación de todos los sectores de la población. Espacios de participación política, económica y social para la población indígena han sido durante muchos siglos no existentes en América Latina.

Es por eso que el PPI persigue principalmente dos objetivos: 1) Fomentar un debate intercultural e interdisciplinario entre representantes indígenas y no indígenas sobre temas que son de suma importancia para los pueblos indígenas en América Latina. La democracia es diálogo, sin un diálogo plural no puede haber una verdadera democracia. 2) Sensibilizar a actores tradicionales no indígenas para que incorporen temas indígenas en sus estructuras. Así se prevé un mayor entendimiento entre los actores de toda la sociedad.



**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA**



# **El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina**

## **Autores**

Vladimir Ameller/Diego Chávez (Bolivia)

André Fernando (Brasil)

Guillermo Padilla (Colombia)

Guisela Mayén (Guatemala)

Leticia Aparicio (México)

Jorge Panay (Panamá)

Mirva Aranda (Perú)



### **Prefacio**

Susanne Käss

Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de Participación Política Indígena de la Fundación Konrad Adenauer

### **Autores**

Vladimir Ameller/Diego Chávez (Bolivia)

André Fernando (Brasil)

Guillermo Padilla (Colombia)

Guisela Mayén (Guatemala)

Leticia Aparicio (México)

Jorge Panay (Panamá)

Mirva Aranda (Perú)

### **Editoras responsables**

Beatriz Cajías de la Vega

Claudia Heins

### **Revisión y corrección**

Susanne Käss

Claudia Heins

### **Diseño de portada**

Valeria Castro Chávez

### **Fotografía**

Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI)

### **Impresión**

Editora Presencia SRL.

### **D.L.**

4 - 1 - 376 - 13

### **Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI)**

Av. Walter Guevara No 8037, Calacoto

Teléfonos: (+591-2) 2786910 2786478 2784085 2125577

Fax: (+591-2) 2786831

Casilla No 9284

La Paz - Bolivia

Email: [info.ppi@kas.de](mailto:info.ppi@kas.de)

Página web: [www.kas.de/ppi](http://www.kas.de/ppi)

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer (KAS). Los textos que se publican a continuación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente.

## ÍNDICE

ÍNDICE DE SIGLAS .....	7
PREFACIO.....	9
LA CONSULTA PREVIA EN EL ESTADO BOLIVIANO .....	11
I. Introducción .....	13
II. La consulta previa en el derecho internacional.....	14
A. <i>El Sistema de las Naciones Unidas</i> .....	14
B. <i>La Organización de los Estados Americanos</i> .....	21
C. <i>Organismos financieros multilaterales</i> .....	22
III. Fundamento normativo de la consulta previa en Bolivia.....	22
A. <i>Constitución Política del Estado</i> .....	22
B. <i>Ley de Hidrocarburos y Decreto Supremo reglamentario</i> .....	24
C. <i>Ley del Régimen Electoral</i> .....	27
D. <i>Ley N° 180 y Ley N° 022 de consulta previa en el TIPNIS</i> .....	28
E. <i>La jurisprudencia boliviana en materia de consulta previa</i> .....	29
IV. Perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta previa en Bolivia.....	31
A. <i>Situaciones sujetas a aplicación de la consulta previa</i> .....	31
B. <i>Participantes de la consulta previa</i> .....	32
C. <i>Propuesta de conciliación de visiones para una consulta         previa efectiva</i> .....	34
D. <i>Ciclo y costos de la consulta</i> .....	35
V. Conclusiones: desafíos de la aplicación de la consulta previa en Bolivia.....	39
Bibliografía .....	42
O DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA DOS POVOS INDÍGENAS NO ESTADO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	43
I. Antecedentes.....	45
A. <i>A origem da "não consulta"</i> .....	47
B. <i>Conferindo o direito indígena</i> .....	51
C. <i>O Brasil desrespeita o direito indígena de consulta prévia</i> .....	56
D. <i>Qual o objetivo do Estado brasileiro?</i> .....	60
E. <i>Qual o objetivo das empresas?</i> .....	61
F. <i>Qual o objetivo dos povos indígenas?</i> .....	62
II. O ponto de vista indígena sobre "governo e empresa" .....	65

III. Ponto de vista estatal sobre “povo indígena” .....	68
IV. Ponto de vista empresarial sobre “povo indígena” .....	70
V. Proposta de conciliação de interesses.....	71
VI. Proposta de procedimento de um efetivo diálogo e a consulta.....	72
VII. Desafios.....	73
Referencias Bibliográficas .....	77

CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA Y SUS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES.  
UNA LECTURA DESDE LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS, LAS EMPRESAS Y EL ESTADO .....

I. Introducción .....	81
II. La reconstitución del Estado en América Latina.....	83
III. Colombia, la búsqueda de un nuevo consenso social .....	88
IV. Consulta y consentimiento, retos y desarrollos.....	92
V. La consulta, las empresas y el papel del Estado.....	96
VI. Conclusión.....	103
Bibliografía .....	107

GUATEMALA: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA .....

I. Antecedentes.....	117
II. El punto de vista indígena sobre la consulta previa .....	121
III. El Estado guatemalteco frente a la consulta a pueblos indígenas .....	126
IV. Punto de vista empresarial .....	132
V. La conciliación de intereses .....	135
VI. Propuesta de procedimiento para realizar un efectivo diálogo y la consulta .....	136
VII. Desafíos del Estado y de las empresas .....	140
Bibliografía .....	144

CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO:

HIDROELÉCTRICA CERRO DE ORO, TUXTEPEC, OAXACA .....

I. Introducción .....	151
II. El derecho a la consulta previa y al consentimiento informado .....	151
A. Breve descripción del contexto jurídico internacional.....	151
B. Antecedentes jurídicos en México .....	155
III. El caso estudiado .....	156
A. El proyecto de la hidroeléctrica .....	156
B. El proceso con las comunidades .....	161
IV. El punto de vista indígena .....	161

V. El diálogo con la empresa, expertos y autoridades estatales.....	164
VI. Daños ambientales .....	165
VII. El rechazo a la hidroeléctrica y la insistencia del gobierno .....	167
VIII. El diálogo con el gobierno.....	168
IX. Conclusiones y propuestas.....	169
Bibliografía .....	171

## EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE PANAMÁ .....

173

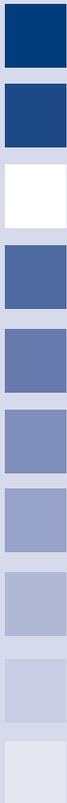
I. Introducción .....	175
II. Antecedentes.....	175
A. <i>El contexto panameño actual</i> .....	175
B. <i>Marco jurídico internacional</i> .....	177
C. <i>Marco jurídico nacional</i> .....	178
III. Los pueblos indígenas de Panamá y la consulta previa.....	180
IV. El Estado panameño y la consulta previa.....	184
V. El punto de vista empresarial y la consulta previa.....	187
VI. Propuesta para conciliar los intereses .....	188
VII. Propuesta de procedimiento para realizar un efectivo diálogo y la consulta .....	191
VIII. Desafíos a enfrentar .....	193
Bibliografía .....	195

## LOS DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ .....

197

I. Introducción .....	199
II. Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT .....	202
III. Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT .....	211
IV. El punto de vista indígena .....	213
A. <i>La consulta previa para las organizaciones indígenas</i> .....	213
B. <i>El rol de las organizaciones indígenas en el proceso         de la consulta previa</i> .....	219
C. <i>Oportunidades a partir de la consulta previa</i> .....	220
V. Punto de vista del Estado .....	222

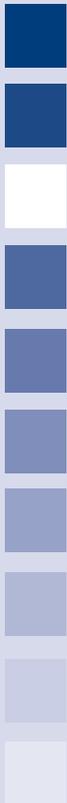
<i>A. La consulta previa para el Estado</i> .....	222
<i>B. Rol del Estado en la consulta previa</i> .....	223
<i>C. Oportunidades de la consulta previa</i> .....	224
VI. Punto de vista de las empresas .....	225
VII. Conclusiones y propuestas.....	226
Bibliografía .....	230
LOS AUTORES.....	233



## ÍNDICE DE SIGLAS

(AGU)	Advocacia-Geral da União
(APPs)	Áreas de Preservação Permanente
(AIDSESP)	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
(APIB)	Associação de Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
(CIESAS)	Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social
(CEACR)	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
(CFE)	Comisión Federal de Electricidad
(CIMI)	Conselho Indigenista Missionário
(CONAGUA)	Comisión Nacional del Agua
(CNA)	Confederação Nacional de Agricultura
(CNET)	Comisión Nacional Extraordinaria para la Transparencia
(CDESC)	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
(CEDR)	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
(CONACAMI)	Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería
(CPE)	Constitución Política del Estado
(CGIRC)	Coordinador de Índios Recém-Contatados
(CCC)	Corte Constitucional de Colombia
(CIDH)	Corte Interamericana de Derechos Humanos
(DNUDPI)	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
(DIDH)	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
(EEIA)	Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental
(FUNAI)	Fundação Nacional do Índio
(IBGE)	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
(IUSI)	Impuesto Único Sobre el Inmueble
(MINCESA)	Minerales Industriales de Centro América Sociedad Anónima – San José
(MINEM)	Ministerio de Energía y Minas
(OEA)	Organización de Estados Americanos
(ONU)	Organización de Naciones Unidas
(OIT)	Organización Internacional del Trabajo
(ONAMIAP)	Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú
(ONIC)	Organización Nacional Indígena de Colombia
(OPIC)	Overseas Private Investment Corporation
(PIDCP)	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
(PNUD)	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
(PAC)	Programa Aceleração do Crescimento

(SEMARNAT)	Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca
(SEDECA)	Secretaría Departamental de Caminos
(SNMPE)	Sociedad Nacional de Minería y Petróleo
(STF)	Supremo Tribunal Federal
(TIPNIS)	Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore
(TCO)	Tierra Comunitaria de Origen
(TC)	Tribunal Constitucional
(TRF)	Tribunal Regional Federal



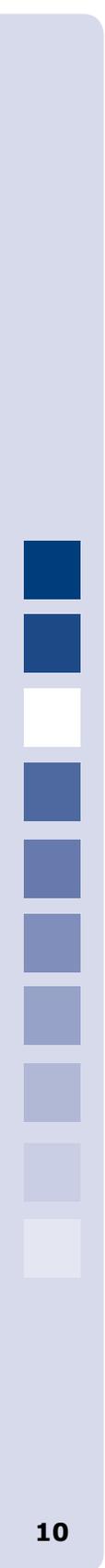
## PREFACIO

En América Latina, la mayoría de los pueblos indígenas viven en territorios caracterizados por una gran biodiversidad que albergan numerosos recursos naturales. Al mismo tiempo, muchos gobiernos en la región procuran el desarrollo y el crecimiento económico por vía de la extracción y exploración de estos recursos para combatir la pobreza, que sigue siendo uno de los mayores problemas que aquejan a las sociedades en el subcontinente. Como muchos de estos recursos se encuentran en territorios indígenas, pueden surgir conflictos. Hasta la segunda mitad del siglo XX, la exploración de los recursos naturales se realizó - en la mayoría de los casos - sin respeto por los derechos indígenas y el cuidado del medio ambiente.

Sin embargo, actualmente, la mayoría de los países latinoamericanos ha aprobado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en el caso de la planificación de medidas que son susceptibles a afectar a estos pueblos directamente. Igualmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce y destaca el derecho a la consulta. Esta normativa internacional ya se ha plasmado en el marco legal nacional de varios países de la región. A pesar de eso, numerosos conflictos, algunos de ellos violentos, en torno al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada en los países de la región, demuestran que la aplicación del derecho en la práctica todavía enfrenta grandes dificultades.

El Programa de Participación Política Indígena de la Fundación Konrad Adenauer pretende crear espacios de información, discusión y diálogo sobre temas que son de alta importancia para los pueblos indígenas en América Latina, pero que son de relevancia y tienen un impacto para toda la sociedad. Por consiguiente, el presente libro pretende informar sobre las posiciones de los diferentes actores involucrados en los procesos de la consulta previa en siete países de la región: los pueblos indígenas, el Estado y las empresas.

Según la normativa internacional, es responsabilidad y deber de los Estados diseñar, organizar y llevar a cabo los procesos de consulta previa. En muchos casos, carece de voluntad política de crear las condiciones para que los pueblos indígenas puedan participar de manera informada en estos procesos para entrar en un diálogo y contribuir a la toma de decisiones que benefician a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, algunos gobiernos ya han internalizado que la realización de procesos transparentes de la consulta



previa, libre e informada puede ser una importante medida para garantizar la paz social. Empresas socialmente responsables saben que el respeto por los derechos indígenas brinda seguridad jurídica para sus inversiones y que el cuidado del medio ambiente tiene que ser prioritario. En países en vía de desarrollo, caracterizados por una gran riqueza en recursos naturales, tanto el interés de desarrollo de los Estados como los intereses empresariales son válidos. Pero, en tiempos de cambio climático, en los cuales la protección del medio ambiente debería ser prioridad para todos los sectores, es imprescindible que los Estados asuman su responsabilidad de crear un marco legal para garantizar, por un lado, el cumplimiento de los derechos indígenas y, por el otro lado, para buscar el bien común y la protección de la naturaleza. Es de suma importancia la creación de condiciones para procesos de la consulta previa, libre e informada y actividades controladas de extracción y exploración de las empresas. Además, es necesario establecer reglas para pagos de indemnización y participación en las ganancias justas para los pueblos indígenas que acepten actividades económicas en sus territorios. Existe la urgencia de crear incentivos para el cuidado del medio ambiente y sanciones severas en el caso de infracciones de las reglas establecidas.

Las soluciones para enfrentar estos desafíos son complejas. Sin embargo, la base tiene que ser el entendimiento mutuo entre los diferentes grupos de actores que sólo se puede lograr vía un diálogo abierto, caracterizado por la tolerancia y el respeto.

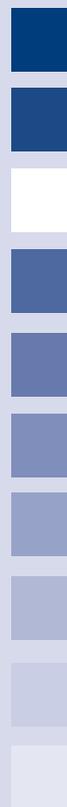
Agradezco la importante contribución de todos los autores y de Claudia Heins y Beatriz Cajías por la edición de este libro.

***Susanne Käss***

*Directora del Programa de Participación Política Indígena en América Latina  
Fundación Konrad Adenauer*

# **LA CONSULTA PREVIA EN EL ESTADO BOLIVIANO**

*Vladimir Ameller Terrazas*  
*Diego Andrés Chávez Rodríguez*





**Vladimir Ameller Terrazas**  
**Diego Andrés Chávez Rodríguez**

### Resumen

La coyuntura boliviana ha traído a la palestra pública la temática de la consulta previa para aquellas medidas que puedan afectar a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos. Sin embargo, es importante establecer que dicha temática posee un amplio análisis en el derecho internacional, en especial a raíz de disposiciones normativas de organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, o también por directrices de organismos multilaterales de financiamiento, como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo.

No obstante, la normativa boliviana ratificó todos estos postulados internacionales no sólo en el texto constitucional, sino también en la normativa sectorial vigente; por lo tanto, se requiere el análisis de los actores que participan en este tipo de procesos, como lo son los gobiernos, las empresas y los pueblos indígenas, todos ellos con posiciones que parecen divergir, pero que pueden ser conciliadas a través del respeto a las normas y los derechos adquiridos con los criterios básicos de privilegiar el interés común y de desarrollo de la nación en su conjunto.

Esto obliga al establecimiento imprescindible de canales permanentes de coordinación, lo que no significa que todavía existan temáticas pendientes que deberán ser resueltas si se persigue el éxito de este tipo de procesos, más aun, cuando está de por medio un costo implícito en esta clase de consultas, que utilizan fondos estatales sin una necesaria y más científica valoración de la importancia, la materia, el tiempo y las verdaderas implicancias para el largo plazo y el bien común, que justifiquen el financiamiento y el uso de recursos públicos.

### I. Introducción

La consulta previa se ha constituido en una de las temáticas de más amplio debate en la coyuntura boliviana, más aún tomando en cuenta que la misma se constituye en un derecho constitucionalmente reconocido a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Sin embargo, su tratamiento no está exento de complicaciones debido a la abundante normativa en la materia, así como pronunciamientos oficiales al respecto. Por esta razón, en la segunda sección, se realiza un recorrido por aquellos elementos de mayor importancia emanados en el derecho internacional a través de directrices de organismos internacionales; en

la tercera sección, el documento aborda la normativa relacionada con la consulta previa en Bolivia. A raíz de esta descripción normativa, la cuarta sección se dedica a esbozar las perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta previa en Bolivia, lo que implica el análisis de los participantes, las posiciones de los actores en torno a ésta y algunos criterios de conciliación de intereses respecto de la lógica de los bienes públicos y el interés común, lo que supone contrastar este derecho a la consulta con el financiamiento y la absorción estatal del costo del mismo.

Finalmente, la quinta sección está dedicada a algunas conclusiones sobre los desafíos a la hora de implementar la consulta previa en Bolivia, para lo cual se establecen algunos interrogantes que tienen el interés de ampliar el debate en torno a la temática.

## **II. La consulta previa en el derecho internacional**

Sin duda alguna, la temática de la consulta previa a los pueblos indígenas ha contado con el apoyo de una serie de organismos internacionales, entre los que destacan todo el Sistema de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (OEA); sin embargo, dicha temática también está apoyada por directrices emanadas desde organismos financieros multilaterales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

A continuación, se presentan aquellos elementos que destacan los organismos internacionales más importantes en materia de consulta previa, con el fin de contar con la arquitectura normativa internacional en esta materia.

### ***A. El Sistema de las Naciones Unidas***

En este punto, se hace referencia al Sistema de las Naciones Unidas, pues comúnmente se considera que es sólo la Organización Internacional del Trabajo (OIT) uno de los pocos organismos que ha emitido pronunciamientos sobre la consulta previa; no obstante, como se podrá apreciar en esta sección, son varias instancias de las Naciones Unidas las que prestaron especial interés a este derecho de los pueblos indígenas.

#### ***- Organización Internacional del Trabajo***

La OIT es uno de los organismos a los que mayor atención se presta en materia de pronunciamientos en torno a la consulta previa; ello se debe, sin duda alguna, a que ésta es la instancia desde donde se adoptó en 1989 el

“Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”<sup>1</sup>, donde se establece que:

*“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”<sup>2</sup>*

A su vez, en la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, se manifiesta que *“los Estados deberán celebrar consultas incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como ningún segmento de la población nacional de cualquier país, tienen derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país”<sup>3</sup>.*

Por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT se constituye en una de las principales normas internacionales en materia de consulta previa, pues establece dos elementos centrales: por un lado, el deber de los gobiernos a consultar a los pueblos indígenas a través de instituciones representativas de éstos y, por otro lado, que las consultas llevadas a cabo mediante las directrices del Convenio tienen la finalidad de lograr consentimiento entre gobiernos y pueblos indígenas sobre las medidas planteadas por los primeros y que puedan afectar a los segundos.

### **- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)**

La CEACR se establece en 1926, con el fin de evaluar los informes elevados por los Estados sobre los convenios que son auspiciados por la OIT y, en materia de consulta previa, llevó adelante una serie de evaluaciones que van desde otorgamiento de licencias ambientales hasta la implementación de proyectos extractivos<sup>4</sup>.

---

1 Este Convenio fue ratificado por Bolivia mediante Ley N° 1257, de 11 de diciembre de 1991.

2 Convenio 169 de la OIT, artículo 6.

3 Morris, Meghan, César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. “La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional”. Programa de justicia global y derechos humanos. Documentos número 2, Colombia, 2009.

4 Cfr. *Ibíd.*, 11-12.

No obstante, es importante tomar en cuenta que "las observaciones de la CEACR no son vinculantes, sino son indicadores del progreso de los Estados en la ejecución efectiva al nivel legislativo y práctico de sus compromisos bajo el Convenio"<sup>5</sup>.

Si bien los informes de evaluación de la CEACR no generan obligatoriedad en los Estados, se constituyen en instrumentos importantes de seguimiento a la implementación de las directrices de la OIT en materia de consulta previa, pues a través de ellos es posible identificar aquellos elementos que requieren de mejora en el cumplimiento y/o, a su vez, reforma procedimental para llevar adelante este tipo de consultas con el fin de generar el consentimiento establecido en el citado convenio.

### **- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)**

Otra de las normas internacionales de importancia en materia de consulta previa es la denominada "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas"<sup>6</sup>, adoptada en septiembre de 2007. Esta Declaración es importante, pues establece que:

*"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado"<sup>7</sup>.*

*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado"<sup>8</sup>.*

*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos*

5 *Ibíd.*, 12.

6 Esta Declaración fue ratificada por Bolivia mediante Ley N° 3760, de 07 de noviembre de 2007.

7 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 19.

8 *Ibíd.*, artículo 28.

*indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual".<sup>9</sup>*

Conforme a lo establecido en las disposiciones normativas antes citadas, se puede afirmar que "la Declaración es el pronunciamiento más [...] importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado"<sup>10</sup>.

Por lo tanto, son dos los elementos que se rescatan de la Declaración: por un lado, la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas ante cualquier medida que pueda afectarlos y, por otro lado, la necesidad de implementar mecanismos de reparación a través de una restitución territorial y/o indemnización por el nivel de afectación generado a los pueblos afectados.

### **- Comité de Derechos Humanos, encargado del monitoreo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Dentro del Sistema de las Naciones Unidas, también se encuentra el denominado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Esta norma es importante, pues en su artículo 27 dispone que:

*"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural,*

<sup>9</sup> *Ibíd.*, artículo 32.

<sup>10</sup> Morris, Op. Cit., 12.

*a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma*".<sup>11</sup>

La disposición citada resulta bastante general a la hora de intentar una interpretación; no obstante, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas elevó la denominada Observación General N° 23 en 1994, donde se desarrolla el alcance del artículo citado y, al respecto, afirma que:

*"Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo*".<sup>12</sup>

La Observación también señala que los derechos culturales de estas minorías se relacionan íntimamente con sus recursos y territorios; por lo tanto, puede verse necesario adoptar *"medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan"*. De esta manera, en la Observación se afirma que los derechos consagrados en el artículo 27 del PIDCP sí implican el derecho de los grupos indígenas a participar en las decisiones que los afecten<sup>13</sup>.

A pesar de que la disposición normativa citada resulta bastante general, es la Observación General la que interpreta la misma y establece como un elemento importante en materia de consulta previa la necesidad de establecer canales de participación efectiva de grupos minoritarios cuando se tomen decisiones que puedan afectarles.

### **- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) se crea en 1969 como entidad de monitoreo del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial y, en el marco de esta labor, elabora recomendaciones a los Estados partes para dar cumplimiento al convenio señalado.

---

11 *Ibíd.*, 13.

12 *Ídem.*

13 *Cfr. Ídem.*

En este sentido, el CEDR elaboró la Recomendación General No. 23 en 1997, la cual se enfoca en el combate a la discriminación a pueblos indígenas, donde se establecen tres elementos de importancia en materia de consulta previa: 1) insta a los Estados a que las decisiones directamente relacionadas con dichos pueblos no sean adoptadas sin el consentimiento informado por éstos; 2) establece la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios colectivos, y 3) la necesidad de que todo Estado promueva medidas de reparación efectivas cuando los pueblos indígenas hayan sido privados de sus derechos y, por ende, hayan sido afectados por estas medidas<sup>14</sup>.

### **- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) se estableció en 1985 y está conformado por especialistas independientes encargados de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en ese marco, elaboran informes de observación.

A raíz de ello, varias observaciones finales del CDESC instan a los Estados partes a consultar con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten y, en otros casos, se ordena de forma específica que se consiga el “pleno consentimiento” de los pueblos indígenas susceptibles de afectación<sup>15</sup>.

### **- Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas**

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas tiene, entre sus funciones, investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas y, en ese marco, en el año 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, manifestó que:

*“En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas, (y éste) así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos”.*<sup>16</sup>

14 Cfr. *Ibíd.*, 15.

15 *Ibidem*.

16 *Ibíd.*, 16.

Asimismo, el Relator desarrolló el concepto del consentimiento libre, previo e informado, donde establece que dicha idea debe seguir los siguientes criterios: no debe haber coerción, intimidación ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe; debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades; debe obtenerse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada y debe obtenerse de las autoridades designadas por las mismas comunidades<sup>17</sup>.

Por lo tanto, la importancia de lo señalado por el Relator radica en el hecho de sentar las bases sobre las cuales deberá edificarse el denominado consentimiento libre, previo e informado que deberán obtener los Estados al momento de establecer una medida de posible afectación a los pueblos indígenas.

### **- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas**

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas tiene como una de sus funciones examinar cuestiones indígenas en los ámbitos de desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos para dar asesorías especializadas y recomendaciones sobre asuntos indígenas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

En los informes preparados por este Foro, se recomienda a los Estados adoptar en su marco jurídico interno y sus planes de desarrollo el principio de consentimiento libre, previo e informado y, por lo tanto, en virtud de este principio, los pueblos y comunidades indígenas deben participar en las decisiones y los beneficios que surjan de los programas que les afecten<sup>18</sup>.

A raíz de las actividades que realiza el Foro Permanente, el año 2005 se organizó un taller *“con el fin de evaluar los instrumentos y prácticas relacionadas con el consentimiento libre, previo e informado, identificar los retos existentes sobre el tema y hacer recomendaciones sobre el contenido del concepto y las posibles metodologías para lograrlo. [...] Se identificaron varios principios que un proceso debe tener para lograr un verdadero consentimiento libre, previo e informado, tales como la ausencia de coerción o manipulación; el respeto por el tiempo requerido por los pueblos y la provisión de información completa sobre el motivo del proyecto, su naturaleza y alcance, los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio para los pueblos afectados”*<sup>19</sup>.

17 Ídem.

18 Cfr. *Ibid.*,17.

19 Ídem.

## **B. La Organización de los Estados Americanos**

Otro de los organismos que está vinculado a la consulta previa es la OEA, en cuya Asamblea General en 1999 se encargó a un Grupo de Trabajo la elaboración de un proyecto de Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas. Este Grupo tenía como uno de sus objetivos continuar con la consideración del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997, en el cual se enfatizaba la necesidad de lograr el consentimiento informado y la participación de los pueblos indígenas tanto en los proyectos de desarrollo de sus tierras y recursos como en el caso de proponer su reasentamiento, entre otras situaciones<sup>20</sup>; no obstante, este proyecto todavía no ha llegado a adoptarse y continúa en análisis al interior de este organismo.

### **- Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos empezó a funcionar el año 1979 y tiene como su función principal velar por la garantía de los derechos humanos en los Estados partes.

Según algunos autores, *"en materia de consulta, los informes redactados por la Comisión han interpretado de manera amplia las situaciones en que debe realizarse una consulta, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos dentro de territorios indígenas. En general, los informes sólo recomiendan lograr el consentimiento de los afectados cuando sea jurídicamente necesario"*.<sup>21</sup>

### **- Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Existen sentencias emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) donde se establecen con alto nivel de detalle los casos susceptibles de realización de la consulta; a su vez, disponen que, en algunos casos, se debe ir más allá de la consulta y, por tanto, se necesita la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas; en estas sentencias también es posible encontrar el desarrollo del concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura; entre otros aspectos, estas disposiciones desarrollan el tema de reparaciones a la afectación de los pueblos indígenas, a través de la orden de devolución de tierras y otras formas de reparaciones no pecuniarias, así como las indemnizaciones<sup>22</sup>.

---

20 *Ibíd.*, 18.

21 *Ídem.*

22 *Cfr. Ibíd.*, 19.

Lo importante de las sentencias de la CIDH es la obligatoriedad del cumplimiento de sus mandatos por parte de los Estados partes, lo cual se constituye en un instrumento de importancia para los pueblos indígenas que consideren una vulneración a sus derechos en materia de consulta previa.

### **C. Organismos financieros multilaterales**

Los organismos multilaterales financieros – como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo – también juegan un rol importante en materia de consulta previa, pues dichas entidades han emitido políticas en esta materia que han generado dos tipos de implicaciones: el condicionamiento de los préstamos a determinados proyectos a su cumplimiento y, asimismo, sirven como mecanismos de auto-evaluación de las actividades realizadas en dicha materia, por los mismos organismos<sup>23</sup>.

Sin embargo, como señalan algunos autores, dichos pronunciamientos constituyen derecho blando y, por lo tanto, no son jurídicamente vinculantes para los Estados, y su cumplimiento por los organismos depende del ejercicio de control y monitoreo por los organismos mismos<sup>24</sup>, aunque estas directrices en muchos casos sí son consideradas como uno de los requisitos al momento de implementar un proyecto en el cual pueda verse afectada población perteneciente a pueblos indígenas.

## **III. Fundamento normativo de la consulta previa en Bolivia**

A continuación, se presenta la normatividad vigente en Bolivia referida a la consulta previa a los pueblos indígena originario campesinos.

### **A. Constitución Política del Estado**

Es en el nuevo texto constitucional del Estado boliviano, en el cual se establece que:

*"En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución, las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa*

<sup>23</sup> Cfr. *Ibíd.*, 20.

<sup>24</sup> *Ídem.*

*obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan”.*<sup>25</sup>

A su vez, en cuanto a la naturaleza de la consulta, la Constitución Política del Estado (CPE) dispone que:

*“La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”.*<sup>26</sup>

En este marco, desde un punto de vista de territorialidad indígena el texto constitucional dicta que:

*“I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades. II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos”.*<sup>27</sup>

A su vez, en el marco de la reforma territorial del Estado, el texto constitucional reconoce la existencia de cuatro tipos de autonomías, una de las cuales es la autonomía indígena originaria campesina. Su importancia en el marco de la consulta previa es que dicha autonomía tiene como una competencia exclusiva *“participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta*

25 CPE, artículo 30/II.

26 Ibidem, artículo 352.

27 Ibidem, artículo 403.

*previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten*"<sup>28</sup>.

Por lo tanto, las autonomías indígena originaria campesinas, allí donde surgieren, están facultadas para el desarrollo de los mecanismos de consulta previa para todas aquellas medidas que puedan afectar las jurisdicciones gobernadas por este nivel de gobierno.

### **B. Ley de Hidrocarburos y Decreto Supremo reglamentario**

Conforme a lo establecido en la Ley de Hidrocarburos boliviana, las comunidades y los pueblos campesinos indígenas, originarios, independientemente de su organización, deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera en sus territorios<sup>29</sup>.

A su vez, en esta ley, se define, por un lado, que la consulta tiene un carácter obligatorio y, por lo tanto, las decisiones que resulten de este proceso deberán ser respetadas y, por otro lado, que toda consulta se realizará en dos momentos: 1) previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos; y 2) previamente a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental<sup>30</sup>.

Otro elemento importante de la Ley de Hidrocarburos en materia de consulta es que en esta norma se establece que todo impacto socio-ambiental negativo directo, acumulado y a largo plazo, sobre tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no, deberá ser compensado financieramente por los titulares de las actividades hidrocarburíferas, tomando como base los estudios de evaluación de impacto ambiental<sup>31</sup>. Asimismo, se establece que existirá una indemnización por daños y perjuicios emergentes de actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos que afecten tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no; dicha indemnización deberá contemplar los perjuicios derivados de la pérdida de beneficios por actividades productivas, de conocimientos tradicionales y/o aprovechamiento de recursos naturales en las zonas impactadas por las medidas<sup>32</sup>.

28 CPE, artículo 304/I/22.

29 Ley N° 3058, artículo 114.

30 *Ibidem*, artículo 115.

31 *Ibidem*, artículo 119.

32 *Ibidem*, artículo 120.

No obstante, una de las normas más interesantes en materia de consulta es el Decreto Supremo N° 29033 – norma reglamentaria de la Ley de Hidrocarburos – que tiene como objeto establecer las disposiciones y procedimientos para el proceso de consulta y participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso<sup>33</sup>.

Para tal efecto, la citada norma establece que cada momento de la consulta –previa licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos y previa aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental– contemplará cuatro fases<sup>34</sup>, que son:

- Fase 1: Coordinación e información.
- Fase 2: Organización y planificación de la consulta.
- Fase 3: Ejecución de la consulta.
- Fase 4: Concertación.

La primera fase contempla, en un primer momento, la convocatoria para iniciar el proceso de consulta y participación, en el cual la autoridad competente convocará por escrito a las instancias de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas –adjuntando toda la información pública de la actividad, obra o proyecto hidrocarburífero– para sostener una reunión informativa acerca de la actividad que se presente realizar y, a su vez, para coordinar el proceso de consulta<sup>35</sup>.

En un segundo momento, a raíz de la convocatoria, se llevará a cabo una reunión preliminar convocada por las instancias de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, quienes determinarán lugar y fecha de la misma y en la cual la autoridad competente presentará los alcances de la actividad, obra o proyecto hidrocarburífero que se pretende desarrollar<sup>36</sup>.

Luego de realizar la reunión preliminar, se da paso a la segunda fase, en la cual la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas llevará adelante la coordinación interna según sus usos y costumbres y presentará a la autoridad competente una propuesta escrita para la realización del proceso de consulta y participación, la que

33 Decreto Supremo N° 29033, artículo 1.

34 Ibidem, artículo 9.

35 Ibidem, artículo 10.

36 Ídem.

deberá contener como mínimo: a) el plan metodológico y cronograma que comprenda actividades comunitarias, talleres, reuniones y asambleas; b) asesoría especializada que requieran los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas para su adecuada participación; y c) el presupuesto para todo el proceso.

Una vez presentada la propuesta escrita, la autoridad competente fijará una reunión con la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas para analizar su propuesta y la contrapropuesta de esta instancia, ello con el fin de llegar a un acuerdo y suscribir un acta de entendimiento que garantice la ejecución de la consulta y la participación<sup>37</sup>.

Después de firmar el acta de entendimiento, se dará lugar a la tercera fase, en la que el proceso de consulta y participación será ejecutado conforme a lo establecido en dicha acta; por lo tanto, deberá ser realizada conforme a los plazos establecidos en ésta. Sin embargo, una vez cumplidos los plazos señalados, se establece un periodo de tres meses para cumplir con el proceso, llegar a un acuerdo conjunto y firmar un convenio de validación del mismo<sup>38</sup>.

Finalmente, se llega a la cuarta y última fase, en la que los resultados de la ejecución del proceso de consulta y participación concluyen con un documento de validación de acuerdos, mediante un convenio suscrito entre la autoridad competente y la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas. El documento señalado deberá recoger la posición, observaciones, sugerencias, complementaciones y recomendaciones concertadas por los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas que podrán ser afectados<sup>39</sup>.

Una vez concluidas las cuatro fases descritas, que culminan con la firma del convenio de validación del proceso de consulta y participación, se dará paso al segundo momento en el que se realizará el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA), donde se tendrán como criterios fundamentales los elementos establecidos en el señalado convenio.

Sin embargo, en todo este procedimiento también se estipula la figura de la impugnación por parte de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando en este segundo momento no se incorporen debidamente

---

37 Decreto Supremo N° 29033, artículo 11. En este mismo artículo se prevé que si no existiese una propuesta de parte de la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, se llevará a cabo una reunión con la autoridad competente para establecer un programa de forma conjunta.

38 *Ibidem*, artículo 12.

39 *Ibidem*, artículo 13.

los resultados del proceso de consulta y participación, para lo cual la autoridad competente tiene la atribución de iniciar un proceso administrativo contra la empresa encargada del EEIA.

### ***C. Ley del Régimen Electoral***

En el marco del intento de configurar un nuevo modelo democrático en Bolivia, desde las bases del mismo texto constitucional se establece la construcción de la denominada “democracia intercultural”, la cual se basa en la complementariedad de la democracia directa y participativa, la democracia representativa y la democracia comunitaria<sup>40</sup>.

Cada uno de estos tipos de democracia que se conjugan para conformar la democracia intercultural, posee sus propios mecanismos de operatividad; en este sentido, es la democracia directa y participativa la que contempla como uno de sus mecanismos a la “consulta previa”.

La consulta previa es un mecanismo a través del cual, de forma obligatoria con anterioridad, se consulta a la población respecto a la toma de decisiones sobre la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales; sin embargo, las conclusiones, los acuerdos o las decisiones tomadas en el marco de este mecanismo no tienen carácter vinculante, aunque deberán ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda. En este marco, la población involucrada en la consulta deberá participar de forma libre, previa e informada, teniendo en cuenta, a su vez, que en el caso de la participación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios<sup>41</sup>.

En materia de consulta previa, también es necesario contemplar a la denominada democracia comunitaria, que implica el autogobierno, la deliberación, la representación cualitativa y el ejercicio de los derechos colectivos, según normas y procedimientos propios de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos<sup>42</sup>.

Esto es importante porque las naciones y los pueblos indígena originario campesinos podrán ejercer sus derechos políticos de acuerdo con sus normas y procedimientos propios y, en ese marco, se establece que este tipo de democracia no requiere de normas escritas para su ejercicio, salvo decisión de las propias naciones o pueblos indígena originario campesinos, lo que

40 Ley N° 026, artículo 1.

41 Cfr. Ley N° 026, artículo 39.

42 Cfr. Ley N° 026, artículo 10.

significa, a su vez, la no exigencia de presentación de normativas, estatutos, compendios de procedimientos o similares<sup>43</sup>.

#### ***D. Ley N° 180 y Ley N° 022 de consulta previa en el TIPNIS***

Uno de los hechos que en la actualidad permitió la emergencia pública de la temática de la consulta previa en Bolivia, es la propuesta realizada por el Órgano Ejecutivo del nivel central del Estado para llevar adelante la construcción de la carretera denominada Villa Tunari-San Ignacio de Moxos y que, por lo tanto, pasa por el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS).

El 24 de octubre de 2011 se promulgó la Ley N° 180 como norma de protección del TIPNIS, en la cual se establecía que la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, como ninguna otra, no atravesaría dicho territorio<sup>44</sup>.

Sin embargo, a raíz de movilizaciones posteriores a la promulgación de la ley que protegía el TIPNIS, en fecha 10 de febrero de 2012, se promulgó la Ley N° 222, cuyo objeto era convocar al proceso de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas del TIPNIS, así como establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos<sup>45</sup>. Según esta ley, la finalidad era lograr un acuerdo entre el Estado Plurinacional de Bolivia y los pueblos indígena originario campesinos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré, sobre los siguientes asuntos: a) definir si el TIPNIS debe ser zona intangible o no, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas mojeño-trinitario, chimane y yuracaré, así como la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos; y b) establecer las medidas de salvaguarda para la protección del TIPNIS, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales respetando la línea demarcatoria del TIPNIS<sup>46</sup>.

A su vez, en el marco de esta norma, se establece que el proceso de consulta deberá contener, al menos, las siguientes etapas<sup>47</sup>:

- Fase 1: Preparación de la consulta.
  - a. Cronograma y protocolo de la consulta.
  - b. Acopio de la información pertinente.
  - c. Notificación previa.

43 Cfr. Ley N° 026, artículo 93.

44 Cfr. Ley N° 180, artículo 3.

45 Cfr. Ley N° 222, artículo 1.

46 Cfr. Ley N° 222, artículo 5.

47 Ley N° 222, artículo 9.

- d. Publicidad de la consulta.
  - e. Provisión de información pertinente.
- Fase 2: Instalación y desarrollo de la consulta.
    - a. Comunicación a los pueblos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré de toda la información necesaria y suficiente, para el desarrollo y cumplimiento de la finalidad de la consulta.
    - b. Consideración y definición sobre si el TIPNIS es zona intangible o no, y sobre la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos.
    - c. Consideración y decisión sobre las medidas de salvaguarda para la protección del TIPNIS, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales, respetando la línea demarcatoria, y determinar, si fuera el caso, los mecanismos para mantener la zonificación establecida en el Plan de Manejo del TIPNIS.
  - Fase 3: Resultados de la consulta.
    - a. Suscripción de actas de conclusiones.
    - b. Notificación de las decisiones.

A su vez, la Ley N° 222 establece, por un lado, que los acuerdos logrados en materia legislativa o administrativa serán ejecutados inmediatamente después de la consulta por la Asamblea Legislativa Plurinacional y por el Órgano Ejecutivo<sup>48</sup> y, por otro lado, que este proceso de consulta duraría un plazo máximo de 120 días desde su promulgación. Sin embargo, mediante la Ley N° 273, de 7 de septiembre de 2012, el plazo de la consulta previa se amplió hasta 301 días<sup>49</sup>.

### ***E. La jurisprudencia boliviana en materia de consulta previa***

Dentro de la jurisprudencia nacional en materia de consulta previa, se encuentra una sentencia del Tribunal Constitucional del año 2008<sup>50</sup>, la misma que trata de una no conformidad presentada por la Asamblea del Pueblo Guaraní de Itika Guasu, propietaria de la Tierra Comunitaria de Origen (TCO) Itika Guasu en el departamento de Tarija, en contra de la Secretaría Departamental de Caminos (SEDECA) de Tarija, la misma que firmó un contrato de alquiler con la empresa Petrosur en un campamento que, si bien era de dicha Secretaría, se encontraba en la TCO Itika Guasu.

48 *Ibidem*, artículo 11.

49 Cfr. Ley N° 273, Artículo Único.

50 Lo señalado en esta sección es extraído de Vargas, 2012, 18-20.

Por lo tanto, la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu presentó su no conformidad sustentándose en las leyes N° 1257 y N° 3760, pues consideraban que esta medida – la firma del contrato – afectaba su territorio. A raíz de ello, SEDECA presentó un amparo constitucional en contra de la Asamblea de este pueblo indígena, pues la no conformidad presentada por ésta afectaba las relaciones con la empresa antes citada.

Sin embargo, la sentencia constitucional 2003/2010-R establece que la consulta previa es un deber del Estado en todos sus niveles y, por lo tanto, debe realizarse a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas; asimismo, esta consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada en los siguientes casos:

- Antes de aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas.
- Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos.
- Antes de emprender cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales que se encuentren en tierras habitadas por los pueblos indígenas.
- Antes de utilizar las tierras o territorios de los pueblos indígenas para actividades militares.

Al mismo tiempo, la sentencia constitucional realiza exhortaciones a tres instancias del Estado:

- Órgano Ejecutivo: a través de los Ministerios correspondientes, deberá cumplir con el informe de la Comisión Interamericana, adoptando políticas y planes integrales para la reconstitución territorial de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos y, a su vez, efectivizar el derecho a la consulta previa.
- Instituto Nacional de Reforma Agraria: culminar con las solicitudes pendientes respecto a las TCO, entre ellas, las solicitudes del pueblo guaraní.
- Tribunal Agrario Nacional: dar prioridad a los procesos en los que estén involucradas las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Según la sentencia constitucional, además del reconocimiento de la necesidad de la consulta previa en casos como éste, conforme a normas nacionales e internacionales, se debe obtener el consentimiento del pueblo indígena en tres situaciones:

- Traslados de tierras que ocupan y la consiguiente reubicación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.
- Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.
- Cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían impacto dentro del territorio indígena, el Estado no tiene únicamente el deber de realizar la consulta, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a través de sus normas y procedimientos propios.

#### **IV. Perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta previa en Bolivia**

##### ***A. Situaciones sujetas a aplicación de la consulta previa***

Conforme a la normativa y la experiencia nacional e internacional revisada, existen casos específicos en los cuales se debe aplicar la consulta previa a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos; éstos son<sup>51</sup>:

- Cuando el Estado pretenda promulgar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos.
- En la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regionales que los afecten, con el fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de dichas actividades.
- Antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en las tierras que habitan.
- Cuando se pretenda vender las tierras donde habitan o transferir el derecho propietario de éstas a personas ajenas.
- Cuando se diseñen programas de formación personal sobre su organización, funcionamiento y pertinencia.
- Antes de tomar medidas para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación, promover la tolerancia y comprensión entre los pueblos indígenas y los demás sectores de la sociedad.
- Antes de tomar medidas para proteger a la niñez indígena contra la explotación económica y toda forma de trabajo peligroso que interfiera con su educación, que perjudique su salud o su desarrollo físico, mental o social.

<sup>51</sup> Los casos señalados corresponden a la sistematización realizada en Vargas, 2012, 15-16.

- Antes de adoptar medidas que faciliten la relación y cooperación entre los miembros de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos y otros pueblos.

## ***B. Participantes de la consulta previa***

Si bien todo proceso de consulta previa puede incorporar a una serie de participantes, existen tres actores estratégicos<sup>52</sup> cuyas posiciones pueden converger o no en todo el proceso y, por lo tanto, poseen repertorios de acción e intereses diferenciados en torno a la implementación o no de determinadas políticas públicas; éstos son:

- *Los gobiernos:* en la mayoría de los casos, los gobiernos poseen una postura reticente en torno a la implementación de los procesos de consulta previa, pues ello implica la necesidad de consultar sobre la implementación de sus propias políticas públicas y, por lo tanto, ello implica la delegación de la toma de decisión a otras instancias ajenas al partido de gobierno. Si bien en muchos casos los procesos de consulta previa son realizados, incluso algunos de ellos con éxito, resulta previsible que en caso de posibilidad de elección, todo gobierno preferiría no llevar a cabo ello y, por ende, implementar políticas públicas sin necesidad de consultar a otros actores sobre éstas, o finalmente, y ante la presión mediática o social, llevar a cabo la consulta, pero conociendo de antemano que los resultados no son vinculantes.
- *Las empresas:* sin duda, es posible afirmar que la posición de las empresas es la más clara en torno a esta temática, pues las mismas tienen el único interés de obtener la mayor cantidad de ganancia posible en el menor tiempo a la hora de llevar adelante cualquier proyecto; por lo tanto, si la consulta previa significa, de alguna forma, un retraso en sus actividades o un costo adicional para la implementación de las mismas, dichas entidades prefieren dejar de lado este proceso o, por otro lado, si aceptan, con certeza incorporarán los costos de consulta y negociación con los pueblos indígenas a la estructura de costos del proyecto, elevando el costo final del mismo, como ocurre, por ejemplo, en los proyectos de carreteras adjudicados mediante la modalidad de llave en mano. Por lo tanto, se podría señalar, por un lado, que las empresas se constituyen en uno de los actores no favorables a la implementación de la consulta previa, pues, de una forma u otra, la misma se constituye en condicionante para

---

52 Denominamos actores estratégicos a aquellos actores que por el poder que poseen – sea éste político, económico, cultural, entre otros – son capaces de definir y/o vetar la implementación de determinadas políticas públicas.

el éxito o no de las actividades que puedan realizar en determinados territorios y, por otro lado, que los bienes o servicios a ser provistos se encarecen relativamente cuando de por medio existen territorios y pueblos indígenas que deben ser sujetos de consulta previa y, en algunos casos, compensados económicamente.

- *Las naciones y los pueblos indígena originario campesinos*: la postura de las naciones originarias y los pueblos indígenas también es una de las más claras en torno a la consulta previa y radica en la constante solicitud de respeto a la autodeterminación consagrada a las mismas tanto en normas internacionales como aquéllas de alcance nacional. Por lo tanto, estos sectores de la sociedad interpelan al aparato estatal a través de canales institucionales con el fin de tomar decisiones sobre la posibilidad de implementar o no políticas públicas en los territorios que ocupan, y cuya decisión estará relacionada con el efecto que podrán tener las mismas sobre el desarrollo de sus actividades tradicionales.

Como se puede advertir, existen tres posiciones en torno a la implementación del proceso de consulta previa: una de ellas se arraiga a la naturaleza del poder público y su capacidad para la toma de decisiones; la otra, en el riesgo de la obtención de ganancias en la realización de determinado proyecto y, la tercera está abocada al respeto de la posibilidad de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos a vetar aquellas medidas gubernamentales que puedan alterar el desarrollo normal de sus actividades.

No obstante, es importante resaltar en este punto que el derecho a la consulta previa está establecido por una serie de normas nacionales e internacionales y, por lo tanto, adquiere un carácter de obligatoriedad para los Estados, lo que incluye a las empresas que trabajan con éstos y a las naciones originarias y los pueblos indígenas que habitan los territorios del Estado determinados.

Por lo tanto, la discusión central no radica en la necesidad de implementar o no este proceso, sino en el procedimiento y los efectos de los resultados del mismo, teniendo en cuenta las posiciones de los actores estratégicos en torno a la temática, así como los costos que implica llevar adelante una consulta, desde la preparación, el desarrollo y sus consecuencias en las políticas públicas, costo que puede ser aún mayor si la consulta previa es inocua, siendo sus resultados descartados por el gobierno para la decisión final.

### ***C. Propuesta de conciliación de visiones para una consulta previa efectiva***

Sin duda alguna, la conciliación de intereses tan divergentes en torno a una misma materia resulta complicada a la hora de su implementación; sin embargo, es necesario establecer que existen algunos criterios que se podrían seguir para establecer ciertos canales para la consulta previa aplicada en Bolivia:

- Aplicación de la normativa en vigencia.
- Conformación de una institucionalidad ad-hoc<sup>53</sup>, plural, idónea e independiente, que cuente con capacidades para enfrentar transparentemente procesos de consulta previa.
- Establecimiento de mecanismos de comunicación directa entre naciones y pueblos indígena originario campesinos.
- Construcción de rutas de implementación de los procesos de consulta.
- Identificación de instancias representativas de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Por lo tanto, el cumplimiento de estos criterios sólo dependerá de la forma en la cual se efectivice la implementación de la consulta previa, lo cual podrá ser realizado a través de una norma en la que se establezcan algunos elementos específicos, que se señalan a continuación y se sugieren como una propuesta:

- Requisitos para la implementación de proyectos que pueden afectar a las naciones y los pueblos indígenas originario campesinos.
- Etapas para la implementación de la consulta previa.
- Costeo de la consulta previa y la definición de la fuente y de quiénes pagan esta consulta.
- Sistemas de seguimiento y monitoreo a la implementación de la consulta previa.
- Evaluación del cumplimiento de las etapas establecidas para la consulta previa.
- Resultados de los acuerdos generados entre el Estado, las empresas y las naciones y los pueblos indígena originario campesinos afectados.

En este marco, el éxito del cumplimiento de todos estos elementos requiere del establecimiento de canales permanentes de comunicación y concertación para la implementación de acuerdos y, por lo tanto, de la generación de escenarios de conciliación en los que los Estados establezcan una agenda

---

<sup>53</sup> Esta institucionalidad no necesita ser permanente, pero sí con la facilidad de activarse cuando exista una alta valoración de la material a consultar.

de desarrollo coordinada con las naciones y pueblos indígena originario campesinos en aquellas temáticas que sean de importancia para éstos últimos; a su vez, estos escenarios deberán tomar en cuenta la garantía de seguridad jurídica para aquellas empresas que vayan a generar proyectos en aquellos territorios donde habitan los pueblos indígenas; y, finalmente, éstos últimos deberán ser receptores de mecanismos de reparación justos en aquellos casos donde los proyectos afecten su forma y calidad de vida.

#### **D. Ciclo y costos de la consulta**

La consulta previa tiene un ciclo convencional relativamente aceptado, donde se observan tres etapas nítidas<sup>54</sup>: la ex-ante, de preparación; la segunda, de desarrollo de la consulta, y la tercera etapa ex-post, de seguimiento a los resultados de la consulta. La ex-ante contiene las definiciones básicas que el Estado debe asumir y que, de alguna forma, podrían considerarse como la última posibilidad de valorar la realización o no de la consulta, ya que, una vez expresada públicamente, será muy difícil dar marcha atrás<sup>55</sup>.

Entre otros aspectos relevantes, las preguntas más importantes a resolver deberán apuntar a precisar: ¿Para qué y por qué de la consulta? ¿La materia de la consulta es de interés, nacional, regional o local? ¿Cuál el alcance territorial de la materia a consultar? ¿Qué espacios o territorios involucra? ¿Qué actores son afectados de forma directa y cuáles de forma indirecta? ¿A quién se debe consultar? ¿Qué materias, específicamente, son necesarias consultar? ¿Qué reparticiones estatales o institucionalidad idónea e independiente llevarán adelante la consulta? ¿Cuál es el costo de todo el ciclo de la consulta? ¿Qué fuentes financiarán la consulta? ¿La consulta debe ser financiada exclusivamente por el nivel central, regional o local o es posible pensar en una forma compartida de financiamiento? ¿Cuál es el costo actual e intertemporal de incorporar los resultados de la consulta en las políticas, los programas y los proyectos públicos? ¿Qué nueva institucionalidad (entes, mecanismos, instrumentos, sistemas, etc.) deberá conformarse para dar cumplimiento a los resultados de la consulta?

Posteriormente, será necesario identificar responsables, actividades, tiempos y costos del proceso de concertación y negociación que permita un desarrollo acorde a las características e intereses de la consulta.

54 Cruz Rueda, Elisa. "Mecanismos de consulta en el marco de la Declaración 169 OIT: Caso mexicano". Revista *Pueblos y Fronteras* Digital. México. UNAM, 2008.

55 Ciclo, en general, incorporado en las tres etapas en la Ley 222 de consulta previa, libre e informada, del 10 de febrero de 2012.

El desarrollo de la consulta es una etapa de ejecución de lo planificado, donde lo importante es cumplir con el diseño, que deberá establecer al menos: ¿Dónde se llevará a cabo la consulta? ¿Cómo se consultará? ¿Qué tiempo durará la consulta? ¿Cuál será el costo del desarrollo de la consulta?

Luego, se halla la etapa de sistematización y divulgación de los resultados, fundamentalmente con el grupo meta consultado, para terminar con quizá la etapa más desafiante del proceso, que consiste en el seguimiento y verificación a los resultados de la consulta y su incidencia en la política gubernamental. Si ella tiene un efecto en la política, se deberá informar de los resultados a los consultados; establecer la conformación de una línea de base, indicadores cuantitativos y cualitativos, seguimiento, evaluación de la incidencia o impacto de la consulta, que permitan medir de forma objetiva los cambios (y costos) esperados a consecuencia de la consulta.

De igual forma, si no tiene efecto en la política gubernamental y los resultados no fueran tomados en cuenta por la autoridad estatal, se deberá informar de los resultados a los consultados.

Esta última etapa supone trabajar con mayor tiempo y recursos en un aspecto, generalmente descuidado en la gestión de las políticas públicas, como lo es el seguimiento y la evaluación. La Figura 1 establece de manera general este ciclo.

Sin embargo, todo este proceso tiene un costo y, al ser un cuasi "servicio" público que el Estado se hace cargo de llevar adelante, debe acogerse a ciertos criterios de economía de la hacienda pública que distingan el uso, el beneficio y el financiamiento de la consulta previa casi como un "bien" público.

Para ello, será necesario determinar con parámetros objetivos y de valoración social y pública si el tema o materia merece un procedimiento de consulta previa, aspecto que no debe sujetarse al grado de presión del grupo interesado o los mecanismos mediáticos de la comunicación, sino al establecimiento de criterios de alcance espacial, incidencia en los sistemas económicos y sociales, beneficios actuales y posteriores para la nación Estado, la región, la localidad y, fundamentalmente, para el grupo humano consultado. Las preguntas naturales que surgen son: ¿Quién debe pagar el derecho y costo de la consulta? ¿Cuáles son los límites en términos financieros para realizar una consulta? ¿Vale la pena financiar una consulta cuando ésta no es vinculante e, inclusive, en algunos casos, de característica no previa? ¿Hasta dónde un derecho constitucional puede generar una obligación estatal que debe ser financiado por el conjunto de la población? ¿Cuál el límite de la solidaridad,

para justificar la erogación de recursos públicos que cubran el costo de la consulta?

**Figura 1. El ciclo de la consulta**



**Fuente:** Cruz Rueda, Elisa. “Mecanismos de consulta en el marco de la Declaración 169 OIT: Caso mexicano”. Revista *Pueblos y Fronteras* Digital. México: UNAM, 2008 con adaptaciones propias.

Una vez determinados estos elementos básicos, se deberá identificar quién asume la carga financiera, o qué nivel de gobierno o sector de la población debe pagar por un mecanismo que, posiblemente, sea sólo de interés local y no involucre aspectos de interés nacional. Muchos casos, por el grado de movilización social de ciertos grupos corporativos, logran de manera poco ortodoxa insertar un tema local en la agenda nacional.

No obstante, aquí lo central es definir quién financia el desarrollo de la consulta previa, sabiendo que ésta, en la legislación boliviana, no es vinculante; es decir, los resultados que arroje la consulta no obligan a las autoridades a implementar estos acuerdos. Existe, además, un alto costo alternativo, más aún para un país en desarrollo donde las áreas alternativas de requerimiento de inversión son muchas de realizar consultas que podrían ser muy caras dependiendo del “tamaño”, lugar o espacios territoriales colectivos y grupo

humano sujeto a la consulta<sup>56</sup>, y que, por otra parte, no cuenta con ninguna garantía de que los costos incurridos en estas modalidades de democracia directa vayan a tener efectos o impactos en las decisiones estatales y, lo más importante, en mejores condiciones de vida para la población. ¿Cómo conciliar los intereses de la población consultada versus la población no consultada? La figura 2 señala algunas de las interrogantes más importantes para definir los costos de la consulta previa.

## Figura 2. Costos subyacentes a la consulta previa

### Costos ex-ante Definición de Estado y diseño

- ¿Para qué y por qué de la consulta? ¿La materia de la consulta es de interés nacional, regional y local? ¿Cuál es el alcance especial de la materia a consultar? ¿Qué actores involucra? ¿A quién consultar? ¿Qué materias son necesarias consultar? ¿Qué reparticiones estatales llevan adelante la consulta? ¿Cuánto cuesta la consulta? ¿Qué fuentes financian la consulta? ¿La consulta debe ser financiada por el nivel central, regional o local?

### Costos durante Desarrollo de la consulta

- ¿Dónde se consulta? ¿Cómo se consulta? ¿Durante qué tiempo se consulta? ¿Cuál es el costo del desarrollo de la consulta?

### Costos ex-post Seguimiento y verificación de cumplimiento de resultados

- Si tiene un efecto en la política: información de los resultados a los consultados. Línea de base, indicadores cuantitativos y cualitativos, seguimiento, evaluación de la incidencia o impacto de la consulta. Nueva institucionalidad que debe crearse para dar cumplimiento a los resultados.
- Si no tiene efecto en la política: información de los resultados a los consultados.

**Fuente:** Elaboración propia

<sup>56</sup> Cuentas, Mirna. "El derecho a la consulta previa en Bolivia". Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal Número 14, Año 3, septiembre de 2010.

La misión y la obligación del “servicio público” llevan a diferenciar su financiamiento y su utilización (beneficio). Éstas no se encuentran necesariamente sujetas al criterio de rentabilidad y su sistema de financiamiento se apoya, en parte, sobre un principio de financiamiento público fundado en la idea de solidaridad, la consolidación del vínculo social y la cohesión.

Sin embargo, en muchos países, los servicios públicos son globalmente financiados por los impuestos, mientras que otros servicios (industriales y comerciales) están sometidos a la noción de precio; no obstante, este hecho no está necesariamente calculado en la lógica de mercado y puede estar acompañado de un financiamiento parcial o puntual por parte de las autoridades públicas, de subvenciones cruzadas entre actividades, entre categorías de usuarios, entre territorios, entre generaciones, o tomar la forma de impuestos (que suponen un servicio prestado al usuario, pero sin relación directa con la cantidad consumida).

En todo caso, la gratuidad nunca fue consagrada formalmente como principio del “servicio público” y menos en el caso de una consulta previa por los costos monetarios y no monetarios que ella supone. Unos principios apropiados de financiamiento deben asegurar cubrir el costo de las necesidades y los derechos de la población, ya que, finalmente, más allá de la modalidad directa o indirecta de contribución, los servicios públicos tienen un costo y alguien debe pagar por ellos, en lo posible, de la forma más justa.

## **V. Conclusiones: desafíos de la aplicación de la consulta previa en Bolivia**

Como se pudo advertir a lo largo de este documento, la temática de la consulta previa adquiere connotaciones de especial importancia en aquellos países donde la población perteneciente a los pueblos indígenas es considerable y, por lo tanto, se ha generado toda una jurisprudencia normativa desde organismos internacionales que, de una manera u otra, instan a los Estados a implementar procesos de consulta previa para la implementación de medidas que puedan afectar a estos pueblos indígenas.

En el caso de Bolivia, la normativa existente también contempla este derecho de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos a ser consultados sobre acciones que podrían afectarles; sin embargo, se identifican algunas posibles contradicciones que deberán ser resueltas lo antes posible; por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos establece que los resultados de la consulta deberán ser respetados; a su vez, la Constitución Política del Estado dispone como un derecho de las naciones y los pueblos

indígena originario campesinos “*ser consultados mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se busca el respeto y garantía del derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan*”<sup>57</sup>.

Sin embargo, en la Ley del Régimen Electoral se define que los resultados de la consulta no son vinculantes, pero sí deben ser tomados en cuenta. Por lo tanto, otro de los desafíos de la consulta previa en el país está en aclarar el marco normativo en el que se asienta la consulta previa, en especial, la obligatoriedad de su cumplimiento por parte del Estado.

A raíz de ello, creemos conveniente plantearnos algunos interrogantes como elementos conclusivos de este documento, no con el fin de acabar el debate en torno a la temática de la consulta previa, sino de incorporar sobre la mesa del debate algunas consideraciones necesarias teniendo como objetivo implementar estos procesos de la forma más beneficiosa para el país en su conjunto. Así, las preguntas que planteamos son:

- ¿Por qué sólo los pueblos indígenas son quienes deben ser consultados en torno a medidas que puede afectarles y no así el resto de la población de un país que también puede verse afectada por estas medidas?
- ¿Quién determina qué materias y pueblos deben ser consultados? ¿Cuáles son los parámetros para determinar qué es de interés nacional y qué tiene sólo alcance local?
- ¿Qué sentido tiene gastar recursos públicos en procesos de consulta previa si los resultados de éstos no generan obligatoriedad en los Estados y, por lo tanto, los gobiernos de éstos tienen discrecionalidad en la toma de decisión final sobre los proyectos a ser implementados?
- ¿Quién asume la responsabilidad pública de no atender los resultados de una consulta previa y de cubrir los costos incurridos de una consulta desarrollada sin ninguna consecuencia?
- Si la consulta es un derecho de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, ¿por qué no se cumple el mismo a cabalidad con el fin de afectar lo menos posible a estos grupos poblacionales?
- ¿Es justo que toda una nación pague el costo de la consulta previa, que sólo tiene afectación limitada a un espacio o una jurisdicción territorial específico?

---

57 CPE, artículo 30/15.

- ¿Hasta qué punto justifica realizar una consulta previa costosa, en recursos, tiempo y conflictividad, si la misma no tiene impacto asegurado en la decisión final de las autoridades estatales y/o en las políticas públicas?

Sin duda, estos interrogantes no agotan los temas pendientes en torno a la consulta previa y su aplicación en Bolivia; sin embargo, intentan constituirse en elementos de debate a la hora de la discusión sobre la forma de implementación de la misma, pues ello es uno de los desafíos principales a hora de complementar las diferentes posturas y formas de democracia y desarrollo que intentan ser implementadas hoy en nuestro país, y que de alguna forma supone mayores responsabilidades y costos estatales que deben también ser valorados adecuadamente para su atención.

## Bibliografía

Bolivia. *Ley N° 3058, Ley de Hidrocarburos*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2005.

Bolivia. *Decreto Supremo N° 29033, Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2005.

Cruz Rueda, Elisa. "Mecanismos de consulta en el marco de la Declaración 169 OIT: Caso mexicano". Revista *Pueblos y Fronteras Digital*. México: 2008.

Cuentas, Mirna. "El derecho a la consulta previa en Bolivia". Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) Número 14, Año 3. Washington: 2010.

Estado Plurinacional de Bolivia. *Constitución Política del Estado*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2009.

Bolivia. *Ley N° 026, Ley del Régimen Electoral*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2010.

Bolivia. *Ley N° 180, Ley de Protección del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécura (TIPNIS)*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2011.

Bolivia. *Ley N° 222, Ley de consulta a los pueblos indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécura (TIPNIS)*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2012.

Morris, Meghan; César Rodríguez Garavito; Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2009.

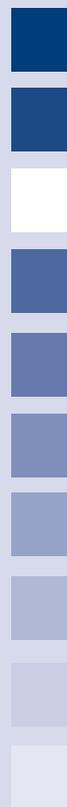
Organización Internacional del Trabajo. *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. 1989.

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. 2007.

Vargas, Moira. *Consulta previa, libre e informada*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung/Fundación Construir. 2012.

**O DIREITO DE CONSULTA  
PRÉVIA DOS POVOS INDÍGENAS  
NO ESTADO DA REPÚBLICA  
FEDERATIVA DO BRASIL**

*André Fernando Baniwa*





# O DIREITO DE CONSULTA PRÉVIA DOS POVOS INDÍGENAS NO ESTADO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

**André Fernando Baniwa**

## Resumo

Este artigo discute a proposta de conciliação, procedimentos de diálogo, consulta e desafio para o futuro do presente. Observou-se que o Poder Judiciário Brasileiro não aplica as Convenções Internacionais. E que durante a leitura deu para perceber que foram analisadas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, referentes às questões indígenas, e poucas decisões apresentavam fundamentos em tratados, principalmente na Convenção nº 169 da OIT. Diferente é a situação de outros países na América Latina, a Colômbia, por exemplo, utiliza freqüentemente essa Convenção para conceder e reconhecer direitos aos povos indígenas. O Brasil precisa cumprir os direitos indígenas visando a proteção e o bem de todos. Pois, sem diálogo, sem consulta, o Estado Brasileiro está emitindo a razão para o conflito. O desrespeito ao cumprimento do direito de consulta prévia, que é de ser ouvido, é do Estado, se omitindo do seu dever constitucional.

## I. Antecedentes

O direito de consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas é conquistada como “direito” somente no final do milênio passado. Aqui no Brasil, só foi promulgada no ano de 2004, portanto, já no século XXI. Pela própria experiência, o que é pressionado a ser reconhecido, não significa que vai acontecer naturalmente na prática. Geralmente, “o sim, vamos fazer, vamos executar” neste caso é apenas para tranquilizar organismos internacionais que coordenam sobre direitos humanos. É isso que o Estado brasileiro está fazendo. Na prática o Brasil não quer cumprir essa lei. Dizer que não sabe, que não tem regulamentação, é ignorar a existência do direito, e, seguir a sua própria vontade, contra os direitos indígenas. Mas porque se comprometeu em cumprir tão integralmente o direito dito em decreto? A consulta nunca se faz “depois de”, mas todos são feitos “antes de” qualquer decisão. Na cultura indígena é assim. Na cultura ocidental é assim. Na saúde, por exemplo, não existe outra cultura que faz mais consulta do que a cultura ocidental. Portanto, não cabe o argumento “não sabemos fazer”, “estamos com medo de fazer” porque não tem regulamentação. O Estado brasileiro não faz por que não quer, ele se faz como se não soubesse fazer, porque quer parecer assim. Na verdade essa forma de comportamento é uma sobra de vergonha que deveria ser grande para executar as leis do país e garantir a dignidade ao ser humano. Mas mesmo assim se demonstra que

não é suficientemente “homem” para dizer “não quero fazer” como se diz na cultura indígena no Rio Negro.

Toda a história do Brasil, a partir da “descoberta” e da colonização, é marcada pelo olhar de que o índio é um entrave no caminho do “progresso” ou do “desenvolvimento”. Entrave desde os primórdios – primeiro, porque teve a deslegância de estar aqui antes dos portugueses; em seguida, porque se rebelava ao ser escravizado pelos invasores europeus. A sociedade brasileira se constituiu com essa idéia e ainda que a própria sociedade tenha mudado em muitos aspectos, a concepção do índio como um entrave persiste. E persiste de forma impressionante, não só para uma parte significativa da população, mas para setores do Estado, tanto no governo atual quanto nas gestões passadas<sup>1</sup>.

Desqualificar os índios, sua cultura e a situação de indignidade na qual vive, boa parte das etnias é uma piada clássica em alguns meios, tão recorrente que se tornou quase um clichê. Para parte da elite escolarizada, apesar do esforço empreendido pelos antropólogos, entre eles Lévi-Strauss, as culturas indígenas ainda são vistas como “atrasadas”, numa cadeia evolutiva única e inescapável entre a pedra lascada e o Ipad – e não como uma escolha diversa e um caminho possível. Assim, essa parcela da elite descarta, em nome da ignorância, a imensa riqueza contida na linguagem, no conhecimento e nas visões de mundo das 230 etnias indígenas que ainda sobrevivem no Brasil.

O Censo 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nos mostra que no Brasil há uma população indígena de 896,9 mil no campo (63,8%) e no meio urbano (36,2%), dividida em 305 etnias. Desse total, 817,9 mil são declarados índios e o restante são pessoas que se consideram indígenas pelas tradições, cultura, costumes e antepassados, embora tenham declarado ser de outra cor. As regiões com o maior número de índios são o Norte, com 342,89 mil; o Nordeste, com 232,7 mil; e o Centro-Oeste, com 143,4 mil indivíduos. Uma população total de 517,4 mil e ocupa 12,5% do território em 505 áreas de terras identificadas pelo IBGE com a parceria da Fundação Nacional do Índio (FUNAI). É essa quantidade e diversidade que o Estado Brasileiro trata como se fossem irracionais, apesar dos direitos, direito humano que tem.

Segundo levantamento do Conselho Indigenista Missionário existe um total de 158 povos indígenas atingidos por diferentes atividades econômicas em todo o país, em um total de 333 áreas de terras. Os impactos envolvem 462 empreendimentos, dos quais 238 são da área de energia, 155 de

1 Eliane Brum, “Decretem nossa extinção e enterrem nos aqui”, *Revista Época*, outubro de 2012. Recuperado em primeiro de novembro de 2012 em: <http://revistaepoca.globo.com>.

infraestrutura, 20 de mineração, 19 do agronegócio, 16 do ecoturismo, onze de meio ambiente, dois de empreendimento turístico. Quando o governo federal coloca isso no papel, olha e diz: o problema agora são os índios.

### **A. A origem da "não consulta"**

Na cronologia publicada na coleção "Educação para Todos<sup>2</sup>" que abrange período de 1500-2000, nos dá uma visualização muito clara como os colonizadores chegaram no Brasil escravizando os indígenas. Depois de 37 anos o Papa Paulo III divulgou uma Bula contrária à escravização de índios na América (cronologia, 1994). Portanto a não consulta aconteceu desde início contado como encontros amistosos e tal nos livros de história do Brasil. Mas não foi isso não. As revoltas e guerras aconteceram e sempre que aconteça em qualquer lugar, é porque ali as pessoas não são respeitadas como povo, como ela é, como ser humano. É como reação dos nossos anticorpos que se defendendo contra males provocam estado febril, exatamente na relação humana por que não tem diálogo, ou melhor, quando não somos consultados é que há revoltas e que continua até hoje apesar de 24 anos de direito pleno na Constituição de 1988 artigo 231, 232 e Convenção 169 da OIT de 2004 no Brasil.

O outro estudo que demonstra muito claramente o entendimento sobre os colonizadores e origem de não consulta, ou melhor, da negação a consulta, está publicado no livro "O renascer dos povos indígenas para o Direito<sup>3</sup>", que conclui da seguinte forma:

*"Para os primeiros cronistas parece estar afastada a possibilidade de estes povos serem regidos por um direito interno. Os relatos querem fazer crer, portanto, que eram gentes sem deus e sem lei, apesar de alguma organização social, e imediatamente começaram a teorizar um direito a ser por aqui aplicado, independente do aqui existente".*

Os Estados Nacionais latino-americanos, ao se constituírem, esqueceram de seus povos indígenas. Não porque estivessem muito longe, geograficamente, dos centros de poder, nem por que tivessem se omitidos nas lutas de independência. Ao contrário, os povos indígenas tiveram em cada um de novos países participação decisiva nas lutas de independência, mas ganharam apenas o direito, de difícil exercício, de serem chamados de cidadãos, conta Souza Filho.

2 Coleção "Educação para Todos", Série Via dos Saberes 2 (2004): 208-244.

3 Carlos Frederico Marés de Souza Filho, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba: Juruá, 2000.

Mas porque os Estados nacionais não consultam aos povos indígenas? O texto abaixo mostra que o medo com os povos indígenas, não era e não é puramente esquecimento, não:

*"Os Estados modernos e suas relações internacionais já não admitem a existência de territórios sem tutela estatal. Mesmo as regiões desérticas e inabitadas, como a Antártida, devem estar sob o império de um Estado, num reparto internacional. Sendo assim, não só para Direito privado interno de cada país, mas também para o Direito público internacional, passa a ser inconcebível a existência de territórios indígenas independentes, sem Estado, apesar de não haver notícia de que algum povo indígena na América tenha formulado, em qualquer momento da história contemporânea, a idéia de constituir-se em estado independente. No século XVI o fundador do Direito Internacional Público, Francisco de Vitória, concebia fundamento deste direito a relação entre povos e não entre Estados. O Estado contemporâneo altera esta visão e submete todos os povos viventes em seu território.*

*Dentro da lógica do estado contemporâneo, nos territórios já constituídos, isto é, que tenham escritos uma constituição, a reclamação de autodeterminação dos povos diferenciados estaria transformada em direitos individuais garantidos e cada integrante do povo, integrados na categoria de direitos humanos ou direitos de cidadania, entre eles por certo e mais recente, os direitos culturais, econômicos e sociais.*

*Isto quer dizer, o direito dos povos se limita à possibilidades de se constituir em Estado. Uma vez constituído a categoria direito dos povos deixa de existir para transformar-se em direitos humanos, agora já sob princípios e regras estabelecidas na Carta Constitucional do Estado por ela organizado. Por esta razão, a cultura constitucional clássica não podia aceitar a introdução, nas constituições, o de reconhecimento dos direitos de povos indígenas a um território e à aplicação neste território de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro de um Estado. Qualquer direito de grupo, assim, seria Direitos públicos, estatal, ou, o que era ainda mais sutil, é um não - direito, um interesse político, como a reivindicação salarial para uma categoria ou um pedido de abertura de escola pública em uma região determinada."<sup>4</sup>*

---

4 Souza Filho, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, 67 e 68.

Os não indígenas, especialistas, mostram que estão conscientes de que a sua presença, a sua vinda para esta terra, é prejudicial, além de definitiva dominação. E nos coloca em entendimento que não tem outro caminho. Veja uma parte do artigo de um indigenista. Segundo ele, o Físico, educador, sertanista e Coordenador de Índios Recém-Contatados (CGIRC)/FUNAI em seu artigo intitulado "Da Tutela para a Política de Direitos<sup>5</sup>, a experiência de contato para índio é prejudicial. Toda sua estrutura social, cultural e econômica é alterada em função da nova realidade. A recomposição é dolorosa".

Nesta breve introdução a discussão do tema, dá para afirmar que o tal de direito é um projeto de controle e dominação sobre alguém. Se você tem direito, podes fazer. Se não tem direito, não podes fazer. Pior ainda quando não se tem o direito "pode" e "não pode". Simplesmente não existem. É assim que o Brasil trata seu povo na sua forma de fazer contato cheio de interesses e objetivos. Pois quando se diz "vamos fazer contato?" pressupõe uma conversa e na conversa se entende, localiza-se e estabelece-se possibilidades de interesses comuns. E não foi e nem é este sentido que gentes estranhas de fora do outro lado dos oceanos fizeram inicialmente com o povo indígena.

Quando olhamos e analisamos a afirmação de um indigenista e a história do Brasil com o povo indígena, parece que o contato é um processo. Para o contatado, e na verdade invadido, não é um processo. Para quem chega de fora é um processo, é um princípio de dominação total. Para o nativo da terra é início da destruição do que já vem sendo processado milenarmente. Essa maldade do homem estrangeiro não está na palavra, mas vem de dentro dos corações das pessoas. Daí vem a dizimação dos povos indígenas que foram mais de 1000 etnias e mais de quatro milhões de pessoas em menos de meio milênio.

O processo do Brasil com o povo indígena, segundo seu interesse e objetivo, pode ser enumerado por fases muito claras que são: (1) assimilacionismo ou acabar com habitantes nativos da terra para ocupá-lo e explorar sua riqueza; (2) regime tutelar - por não conseguirem escravizar indígenas e por causa da pressão internacional, o Estado brasileiro declara que o índio é incapaz e estabelece um tratamento de tutela; (3) cidadania indígena (Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil) - as pressões internacionais e humanistas no Brasil aumentam e levam o índio ao direito coletivo declarando dessa vez que o povo indígena agora é capaz, pois já sabe distinguir o bem do mal, mas a decisão final não está na mão do povo indígena.

5 Antenor Vaz, "Da Tutela para a Política de Direitos" em *Povos Indígenas no Brasil de 2006-2010*, org. Carlos Alberto Ricardo et al. (São Paulo: ISA, 2011), 52.

Observando-se, esse breve resumo do processo, que aconteceu segundo vontades, entendimentos, interesses e objetivos dos colonizadores das terras indígenas, eles são movidos por ganância para não serem mais humanos um com outros. Essa ganância é que faz não consultar ninguém para fazer qualquer coisa. O que interessa a eles é ser mais importante do que todos os resto é que se “dane” como se diz em linguagem popular. Este é nada mais que fundamento a um princípio de negação ao direito de consulta e de diálogo com povos indígenas no Brasil.

Atualmente se tem muitos direitos em comparação ao anterior a esta nova Constituição brasileira de 1988. Mas muito poucos são colocados em prática. Muitos dos nossos direitos atualmente são colocados no plano e no nível de luta agora no âmbito da justiça como meio, talvez, de se livrar do crime de violação do direito humano. É outro meio de negar os direitos indígenas. Veja trecho do artigo “Quem ganha com conflitos não resolvidos?”<sup>6</sup>

*“O bombardeio das ações judiciais gera perdas tanto aos indígenas quanto aos não indígenas. Os ocupantes não indígenas perdem porque seus títulos raramente são reconhecidos e, assim, não é possível ter seus pedidos de indenização acatados, além da hostil convivência que se forma. Ou seja, acabam por investir tempo, recursos e preocupação em uma briga que, pelo que se vê, dificilmente tem resultado positivo, ainda que se beneficiem temporariamente ao prolongar suas ocupações.*

*Os povos indígenas perdem por conta de decisões liminares que impedem seu acesso a territórios tradicionais, bem como o prosseguimento dos estudos demarcatórios pela FUNAI. Além disso, ainda que um dia as terras reivindicadas venham a ser efetivamente demarcadas, podem ter sofrido impactos ambientais irreversíveis que comprometem significativamente seu uso, ainda que não deixem de ser espaços culturais e espiritualmente necessários para os povos indígenas. Essa degradação ambiental afeta não só os povos indígenas das florestas, mas a humanidade como um todo, visto que a conservação da biodiversidade é fundamental para o clima e a sobrevivência humana e aos povos e TIs têm um papel fundamental nessa história”.*

A resistência de não consulta aos povos indígenas como direito está ligada diretamente aos seus interesses (governo e empresas). O seu interesse é

6 Erika M. Yamada, “Quem ganha com conflitos não resolvidos?”, em *Povos Indígenas no Brasil 2006-2010*, org. Carlos Alberto Ricardo Ricardo et al. (São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011), 61-62.

explorar e objetivo é ficar rico cada vez mais e por isso não quer compartilhar a renda ao dono da terra mesmo que com benefício coletivo. Assim podemos averiguar que não estão preocupados com os outros, com pessoas, com o lugar de onde se extrai o recurso natural.

## **B. Conferindo o direito indígena**

A Consulta Prévia<sup>7</sup>. Todo ato ou prática que afete uma população indígena deve ser informado e, de preferência, consultada a população afetada. Os povos indígenas têm o direito a serem consultados cada vez que se prevê medidas e projetos que possam afetar direta ou indiretamente suas atividades culturais, sociais, espirituais ou diretamente seus direitos territoriais e ambientais.

Esta questão está relacionada diretamente com o direito de o povo gerir o seu futuro, isto é, exercer o direito à livre determinação/autonomia. Este direito os povos indígenas possuem para gerir em seus territórios, seus sistemas jurídicos e administrativos. Essa reivindicação encontra aporte tanto na legislação nacional quanto internacional e se entende como base para uma série de direitos específicos relacionados com os âmbitos de decisões políticas, econômicas, sociais e jurídicas no interior das comunidades, das quais fazem parte os povos indígenas, e que, devem ser respeitados pelo Estado para garantir as expressões de identidades dos povos indígenas brasileiros e de pessoas indígenas que se auto identifiquem como tal. Entretanto, não é fácil saber como e que natureza tem esta consulta. Tanto ela pode ser mascarada como, ao ser realizado corretamente, ser desconsiderada. Ambas as situações são recorrentes e ambas violadoras dos direitos indígenas.

A já citada Convenção 169 da OIT, sobre povos indígenas, prevê as garantias necessárias para o reconhecimento das sociedades indígenas, dentro da ordem jurídica dos países. E, dentre as disposições desta Convenção, uma das mais importantes é a que determina que os Estados identifiquem os territórios indígenas e garantam a proteção efetiva de seus direitos de propriedade e posse baseados na tradição, na cultura, na vontade de cada povo e que ainda estabelece que os povos indígenas sejam consultados sempre que algum projeto econômico nacional ou regional lhes afete.

Já no âmbito constitucional brasileiro, o princípio disposto no artigo 231 reconhece o caráter multiétnico e pluricultural do Brasil, e que dispõe sobre a obrigação estatal de reconhecimento, proteção e respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos indígenas que habitam o território nacional,

<sup>7</sup> Carlos Frederico Marés de Souza Filho, "Estatuto dos povos indígenas", em *Pensando o Direito*, Vol. 19 (2009):19-24.

particularmente no parágrafo 3º do mesmo artigo que expressa “*que o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas*”. Para o cumprimento deste dispositivo faz falta um Regulamento de Procedimentos de Consulta e Participação determinados por Lei.

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 13 de setembro de 2007, pela Assembléia Geral das Nações Unidas descreve a “urgente necessidade de respeitar e promover os direitos e as características intrínsecas aos povos indígenas, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos naturais”. A Declaração reconhece o direito dos povos indígenas de determinar as prioridades e estratégias para exercer seu direito ao desenvolvimento e requer que os Estados consigam o consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas antes de adotar e programar medidas legislativas e administrativas que lhes possam afetar.

A Convenção 169 da OIT tem dois dispositivos sobre o direito de consulta prévia. Um de caráter geral (artigo 6), trata da consulta prévia a toda medida administrativa ou legislativa susceptível de afetar aos povos indígenas, e indica que a consulta tem como objeto chegar a um acordo ou consentimento das medidas propostas. A outra previsão (artigos 15, 2) se refere à consulta prévia às atividades relativas a recursos naturais que de alguma forma possam afetar os povos indígenas quando a propriedade pertencer ao Estado.

Esses instrumentos estabelecem que os governos devam consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e em particular por meio de instituições representativas, cada vez que medidas legislativas ou administrativas afetar-lhes diretamente (artigo 6, alínea “a” da Convenção 169 da OIT). Sobre isso, as consultas deverão efetuar-se de boa-fé e de uma forma apropriada às circunstâncias, com a finalidade de se chegar a um acordo ou lograr o consentimento acerca das medidas propostas, conforme estabelece o item 2 do artigo 6 da Convenção 169 da OIT.

Ademais, a Convenção 169 da OIT estabelece que os povos indígenas “*têm o direito de decidir suas próprias prioridades no que atine ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete as suas vidas e, deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetar-lhes diretamente*”. As consultas aos povos indígenas devem constituir-se em mais que formalidades, ou meros processos por meio dos quais se lhes entrega informações sobre os projetos de desenvolvimento. A informação deve ser clara, completa, precisa e necessária, porém, tal informação por si só não

é suficiente para a participação efetiva na tomada de decisões. Para serem verdadeiramente eficazes, as consultas devem prever oportunidade aos povos indígenas de serem escutados e de influírem diretamente nas decisões. De modo que as consultas com os povos indígenas sobre as atividades de desenvolvimento devem ser acompanhadas de medidas específicas para salvaguardar os interesses e direitos das comunidades envolvidas.

Tais medidas devem prevenir ou minimizar o impacto das atividades que possam causar danos ou interferir no uso e gozo das terras e dos recursos naturais dos povos indígenas, assim como em seus sítios sagrados. Por isso, quando um Estado outorga uma concessão a um particular para a extração de recursos naturais que possam afetar uma comunidade indígena, está obrigado a propor e tomar medidas positivas para salvaguardar as práticas culturais e de subsistência do povo afetado. Para saber como fazer isto deve proceder à consulta prévia.

Está claro que um instituto que estabeleça procedimentos para realizar a consulta prévia não é de fácil desenho, porque inclui um preciso processo de informação, tomada de opinião e vontade e reconhecimento da expressão de cada povo. Nem sempre os povos têm internamente formas precisas de manifestação de representação e vontade, o que dificulta ainda mais o diálogo. Há de se reconhecer também outras dificuldades paralelas, como a língua, princípios religiosos, razões éticas, políticas internas e, sobretudo, os direitos de minorias, clãs ou famílias, etc.

Nesse sentido, o direito de consulta prévia não pode ser interpretado como um instrumento exclusivo para tratar sobre o aproveitamento específico de algum recurso natural, mas deve ser objeto de uma dimensão política mais ampla, para pensar a forma como se dará a participação do povo na definição de políticas públicas que lhe digam respeito. Assim, a consulta prévia deve abranger todos os aspectos que envolvam uma atividade e suas conseqüências futuras. Talvez um dos aspectos mais delicados para a efetivação da consulta prévia é a representatividade. Quem representa um povo indígena? Quem fala por ele? Quem é legítimos interlocutores?

O Brasil é um país pluriétnico que possui mais de 220 povos e que falam mais de 180 línguas. Cada povo possui formas próprias de representatividade. Assim, deve se prever diferentes instâncias de conversação e negociação, fazendo do processo de consulta um longo conhecimento do povo consultado. Não é possível promover uma consulta sem depender de profissionais como antropólogos, indigenistas e tradutores altamente especializados naquela comunidade.

Se há dificuldade pelo lado dos povos indígenas na realização da consulta, menor não é a dificuldade da entidade consulente. É claro que esta consulta é tarefa indelegável do Estado, mas dizer isto é, ainda, pouco. O Estado é, ele mesmo, múltiplo e dividido, cada órgão, Ministério, Departamento, acaba tendo feições próprias e não raras vezes entram em velado ou franco conflito. O mesmo Estado que promove a agricultura de larga escala tem instâncias de proteção das florestas. Assim, é fundamental que os entes que tem por obrigação a defesa dos índios estejam sempre presente nas consultas.

É fundamental definir em lei que a interlocução deve ocorrer entre o Estado, que adota medidas administrativas (licenças, autorizações, concessões, contratos, licitações etc.), e os povos indígenas afetados. Outra dificuldade já apontada é que as consultas devam ocorrer na língua dos povos envolvidos no processo, para que possam efetivamente participar e manifestar de forma consciente.

Além disso, a consulta prévia não pode ser compreendida com uma mera audiência pública, um evento, uma reunião ou um encontro. Seu reconhecimento e aplicação implicam, necessariamente, a existência de um processo mutuamente acordado, que poderá estar composto por vários eventos de diferentes naturezas (reuniões, oficinas, seminários, assembléias etc.), segundo decidam as partes, e sempre com a disposição de tempo suficiente e recursos próprios para sua execução. A verificação da realização de um processo de consulta anterior à adoção de uma decisão pública consiste em conseguir observar no conteúdo e motivação da decisão final a opinião dos diretamente afetados e, em que medida aquela opinião pôde ser influenciada.

A questão mais delicada em relação ao direito de consulta prévia é a que implica em um direito de veto, conforme as convenções internacionais, é legítimo aos povos indígenas se oporem às decisões do Estado que lhes afetem. Portanto, é necessário definir de maneira clara o alcance deste instrumento jurídico, que sempre deve ser avaliado com relação à utilidade que representa na defesa dos direitos substantivos dos povos interessados. Para que um povo exerça o direito a veto deve estar plenamente informado e consciente das conseqüências.

O processo de consulta prévia servirá sempre para informar, fundamentar e amadurecer decisões do Estado e dos povos interessados e, nessa medida, não deve ser desconsiderado. Não existem razões para não aproveitar a oportunidade política que o exercício deste direito implica tanto para os povos quanto para os Estados. Mas, diante deste cenário, serão a avaliação de cada caso, de cada contexto e a disposição de forças vigentes as que

indicarão a conveniência e utilidade deste instrumento na defesa dos direitos dos povos indígenas e tribais.

Em geral, todos os processos de consulta prévia devem cumprir princípios básicos que lhes são comuns, como serem executados de boa-fé, por meio de procedimentos adequados e com as instituições representativas dos povos, antes da adoção de qualquer decisão e com o objetivo de chegar a um consenso. Mas são nos processos cotidianos, particulares a cada tipo de consulta que os elementos gerais são qualificados no seu significado concreto.

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas nos tratados, declarações, convenções bem como nas constituições e legislações da América Latina só é explicável graças ao crescente envolvimento desses povos e de suas organizações no cenário político que, por sua vez, tem aberto as portas a novos mecanismos para fomentar essa participação política.

A consulta prévia e a participação como demandam indígena é, como se vê, um direito já garantido tanto pelo direito interno quanto pelo direito internacional, e leva a reflexão sobre temas como interculturalidade e democracia. Neste sentido percebe-se que na América Latina os indígenas desenvolveram sua capacidade de auto-organização, utilizando para isso, muitas vezes, a linguagem e os mecanismos do Estado de direito. A partir daí, na maior parte dos Estados, o processo de reconhecimento “evoluiu” da integração para o multiculturalismo/interculturalidade. Paralelamente a isso a questão indígena internalizou-se. Conforme pondera Azelene Kaingang, socióloga e integrante do Instituto Indígena Brasileiro Warã:

*“É preciso definir o que é o consentimento prévio, livre e informado dos povos indígenas para as ações que os afetam. Uma consulta não é apenas a oportunidade de dizer sim ou não para determinado empreendimento, mas a possibilidade de abrir o diálogo entre o Estado e os povos indígenas e finalmente se definir os interesses de cada um e estabelecer uma relação de respeito mútuo”.*<sup>8</sup>

Desta forma, o exercício do direito à consulta prévia e participação não se resolve na precisão do processo ou procedimento, vai mais além, para atingir a essência do relacionamento entre Estado e povos indígenas, garantindo a dignidade, a autodeterminação e a própria existência de um povo.

8 “Para entidades, norma sobre povos tradicionais não é cumprida”. Repórter Brasil. Recuperado em 11 de novembro de 2012 em: <http://reporterbrasil.org.br/imprimir.php?id=1454>.

### **C. O Brasil desrespeita o direito indígena de consulta prévia**

A invisibilidade do direito a consulta prévia como um processo e a visibilidade ao flagrante desrespeito de ouvir e consultar os verdadeiros titulares desses direitos. Em entrevistas do dia 14 de agosto de 2012, intitulado de “Convenção 169 da OIT: o descaso brasileiro. Entrevista com Carolina Bellinger,” mostra que o exemplo mais emblemático é a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, mas o desrespeito à consulta acontece em diversas regiões do país.

Depois de ignorar diversas vezes a Convenção 169 da OIT, que determina o direito de consulta prévia às comunidades indígenas e quilombolas, o Estado brasileiro foi pressionado após a divulgação do Informe da Comissão de Peritos da OIT, ocorrida nesse ano. Apesar das críticas recebidas, “o governo federal não apresentou nenhuma proposta por enquanto”, informa Carolina Bellinger<sup>9</sup> à Instituto Humanitas Unisinos On-Line<sup>10</sup>.

A seguir, a advogada da Comissão Pró-Índio de São Paulo esclarece que o informe da OIT “apontou diversas situações em que o direito à consulta prévia não foi respeitado, sendo um dos casos mais conhecidos o do processo envolvendo a construção da hidroelétrica de Belo Monte, na Amazônia, e o caso da construção do Centro de Lançamentos de Alcântara (Maranhão), que promoveu deslocamentos compulsórios na região, afetando 139 lugares e comunidades quilombolas”.

Apesar de Belo Monte ser o caso mais emblemático em relação ao descumprimento da Convenção 169 da OIT, Carolina destaca que a situação se repete em diversas regiões do país, a exemplo da “construção do Rodoanel, anel viário localizado na capital que liga as principais rodovias do Estado, que afetou duas terras Guarani na cidade”. Confira a entrevista:

**“IHU On-Line – Em que contexto histórico o Estado brasileiro propôs a regulamentação da consulta prévia aos povos indígenas e assinou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT?”**

**Carolina Bellinger** – O governo brasileiro se sentiu mais pressionado após a divulgação do Informe da Comissão de Peritos da OIT, ocorrida nesse ano. O informe apontou diversas

9 É graduada em Ciências Jurídicas e mestranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo – USP. É assessora de projetos e advogada da Comissão Pró-Índio de São Paulo.

10 “Convenção 169 da OIT: o descaso brasileiro. Entrevista especial com Carolina Bellinger”. Instituto Humanitas Unisinos. Recuperado em 18 de novembro de 2012 em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/512272-convencao-169-da-oit-o-descaso-brasileiro-entrevista-especial-com-carolina-bellinger>.

situações em que o direito à consulta prévia não foi respeitado, sendo um dos casos mais conhecidos o do processo envolvendo a construção da hidroelétrica de Belo Monte, na Amazônia, e o caso da construção do Centro de Lançamentos de Alcântara (Maranhão), que promoveu deslocamentos compulsórios na região, afetando 139 lugarejos e comunidades quilombolas.

### **IHU On-Line – Em algum caso a Convenção 169 da OIT foi considerada e as comunidades ouvidas?**

**Carolina Bellinger** – Em abril de 2008, o governo convocou 300 lideranças para fazer uma suposta consulta nos dias 15 a 17 de abril de 2008. Queriam consultar sobre a minuta de ato normativo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra destinado a disciplinar os procedimentos para titulação das terras de quilombo em substituição a IN Incra n. 20/2005. Nessa oportunidade, foi divulgada como a “primeira consulta prévia” do Brasil.

Os quilombolas só receberam as informações sobre as questões no dia em que chegaram ao local e foram muito pressionados pela “urgência” de decidir. Do ponto de vista da CPI, não houve “negociação”, já que as autoridades responsáveis pela decisão sequer estavam presentes.

No mesmo ano, o Brasil tinha o compromisso de encaminhar à OIT um informe sobre a aplicação da Convenção 169 no país. A Central Única dos Trabalhadores – CUT, como representante da classe dos trabalhadores brasileiros nesta Organização Internacional, poderia encaminhar um informe próprio que contivesse a visão da sociedade civil sobre a efetivação dessa Convenção. A Central Única dos Trabalhadores, por sua vez, procurou o movimento quilombola, indígena e outras organizações que trabalhassem com essas causas, dentre elas a Malungu e a Comissão Pró-Índio. Essas entidades se reuniram e redigiram seus relatórios de aplicação da Convenção.

Dentre as denúncias encaminhadas à OIT estava a inexistência de um mecanismo permanente para efetividade da consulta prévia, livre e informada. Outros casos de violações lembrados em 2008 são: a concessão de licenciamento ambiental pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente, em 2002; o início das obras de duplicação da rodovia BR 101 (trecho Florianópolis/SC – Osório/

RS) pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, em 2004, em local que afetará a comunidade quilombola de Morro Alto, no estado do Rio Grande do Sul; a construção da hidrelétrica de Irapé, entre os anos de 2004 e 2006, que inundou as terras e implicou a remoção da comunidade quilombola de Porto Corís, no estado de Minas Gerais; a expedição de licença prévia pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente, em 2006, para construção do gasoduto Cacimbas-Catu do projeto Gasene (Gasoduto Sudeste Nordeste) em área que, ao longo de seus 940 km de extensão, abrange diversas comunidades quilombolas espalhadas em cinco diferentes municípios do estado do Espírito Santo e 47 municípios do estado da Bahia (transposição do Rio São Francisco); o empreendimento iniciado em julho de 2007, e que afetará área onde vivem 153 comunidades quilombolas nos estados de Pernambuco e Bahia; a concessão florestal para exploração da Floresta Nacional Saracá-Taquera, aberta em julho de 2008, pelo Serviço Florestal Brasileiro/Ministério do Meio Ambiente em território onde vivem 12 comunidades quilombolas, no estado do Pará.

### ***IHU On-Line – Como estão as discussões acerca da consulta prévia dos indígenas em relação a Belo Monte?***

**Carolina Bellinger** – Não houve consulta aos indígenas e o Ministério Público Federal do Pará levou o caso ao Judiciário. O procurador da República no estado do Pará, Felício Pontes Jr., atua no caso para que as obras da hidrelétrica sejam suspensas. Um dos pontos de sua argumentação é o desrespeito ao direito à consulta prévia por parte dos indígenas, direito que não foi respeitado.

### ***IHU On-Line – Quais foram os principais casos em que a Convenção 169 da OIT foi desrespeitada no Brasil? Quais são os exemplos mais emblemáticos desse desrespeito?***

**Carolina Bellinger** – Atualmente o exemplo mais emblemático é a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, mas o desrespeito à consulta acontece em diversas regiões do país. Na oficina promovida pela Comissão Pró-Índio de São Paulo no mês passado com os índios Guarani desse estado, os indígenas lembraram que não foram consultados na construção do Rodoanel (anel viário localizado na capital que liga as principais rodovias estaduais, que afetou duas terras Guarani na cidade). Já os quilombolas do Pará estão discutindo o caso de um projeto de mineração.

No município paraense de Oriximiná, o levantamento da Comissão Pró-Índio de São Paulo realizado em julho de 2011 identificou concessões de lavra de bauxita incidentes em duas terras quilombolas, onde vivem 12 comunidades. A área de sobreposição das concessões emitidas para a Mineração Rio do Norte com os territórios soma aproximadamente 16 mil hectares.

O plano de lavra da Mineração Rio Norte prevê o início da exploração dos platôs incidentes em terras quilombolas a partir de 2019 (Serviço Florestal Brasileiro, s/d.) e a empresa já iniciou os trabalhos na área sem qualquer consulta ou comunicação oficial aos quilombolas.

***IHU On-Line – As comunidades indígenas e quilombolas têm conhecimento sobre o direito de serem consultadas diante dos projetos do governo quando envolvem seus territórios?***

***Carolina Bellinger*** – Em cada comunidade é uma realidade diferente. Percebemos que existem quilombolas e indígenas que só ouviram falar na Convenção; outras lideranças já têm algum conhecimento acumulado. De maneira geral, eles identificam casos em que esse direito não foi respeitado.

***IHU On-Line – Como estão sendo realizadas as oficinas da Comissão Pró-Índio no sentido de orientar as comunidades indígenas? Como eles se manifestam diante da Convenção 169 da OIT?***

***Carolina Bellinger*** – Está acontecendo a segunda oficina realizada pela Comissão Pró-Índio. A primeira aconteceu em maio deste ano, em uma aldeia guarani de São Paulo, região de Mata Atlântica, e agora com quilombolas do Pará, região Amazônica. Ainda estamos planejando a realização de outras oficinas com esses grupos.

***IHU On-Line – Em janeiro deste ano o governo criou o Grupo de Trabalho Interministerial para estudar e apresentar uma proposta de regulamentação dos procedimentos de consulta prévia da Convenção 169. Você tem informações de como estão as discussões do Grupo de Trabalho? O Estado já tem uma proposta?***

**Carolina Bellinger** – *O Grupo de Trabalho é coordenado pela Secretaria Geral da Presidência da República e pelo Ministério das Relações Exteriores cujos representantes participam da oficina que acontece com os quilombolas no Pará. O processo de informação e debate da regulamentação já teve início com a realização de reuniões e um seminário em Brasília, que contaram com a participação de lideranças indígenas, quilombolas e de comunidades tradicionais e ainda de ONGs e diversos órgãos governamentais, entre as quais a Comissão Pró-Índio de São Paulo. O governo programou para o primeiro semestre de 2013 a realização de encontros regionais para a construção da proposta de regulamentação, que deverá ser aprovada até dezembro de 2013. O governo federal não apresentou nenhuma proposta por enquanto.”*

#### **D. Qual o objetivo do Estado brasileiro?**

Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro estão no artigo 3 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>11</sup> que são quatro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como o Brasil pode construir uma sociedade livre, justa e solidária? Para que alguém se sente ou desfrute da liberdade deve conhecer bem e praticar as regras estabelecidas. Dessa forma é justo que a sociedade ajude ao outro porque sabe da dificuldade que cada ser humano passa e enfrenta no seu dia-a-dia. O Brasil através da educação tem feito de forma insuficiente para que o seu povo conheça como funcionem os seus direitos. Principalmente povo diferenciado como nós indígenas e quilombolas. Sem fazer isso é muito difícil atingir a meta da liberdade, da justiça e da solidariedade no âmbito do Estado Brasileiro.

Para o Brasil garantir desenvolvimento nacional precisa explorar a riqueza da sua terra através de suas empresas (empresas estatais), privada ou estrangeira. Estas riquezas referem-se aos recursos naturais, recursos genéticos que envolvem conhecimentos, biodiversidade e territórios que no seu conceito significa que ali vivem pessoas humanas que possuem costumes e tradições. Que por terem costumes e tradições são povos; que têm seu direito coletivo de consulta prévia escrito na constituição antes que

<sup>11</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Recuperado em 20 de novembro de 2012 em: <http://legislação.planalto.gov.br>.

seja autorizado qualquer empreendimento, inclusive podendo participar dos resultados. No caso dos povos indígenas os recursos naturais (minerais e potenciais energéticos) com autorização do Congresso Nacional depois de consultada aos povos ou comunidades afetadas.

Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais são outra meta a ser alcançada pelo Estado brasileiro para com seu povo como nação. A pobreza refere-se aos que não possuem bem de produtos industrializados, não possuem moradia digna, não tem acesso a informação, a educação, a saúde pública, são marginais que não estão no padrão da sociedade desenvolvida e aceita pelo Estado. E para reduzir essas desigualdades sociais o governo brasileiro cria programas de inclusão social, elabora projetos gigantescos na região Amazônica que afeta negativamente os povos que ali moram, além de não consultá-los desrespeitando os direitos conquistados.

O Brasil para promover o bem de todos, sem preconceitos cria o Programa Aceleração do Crescimento (PAC) um e dois através do qual prevê grandes obras que trazem mais recursos, mais empregos, menos desigualdades envolvendo empresas estatais e empresas privadas nacionais e internacionais que acabam provocando grandes impactos sociais negativos as populações locais e ao meio ambiente. A ordem neste sentido aparece bem clara no sentido de: destruir primeiro para promover o bem de todos os outros, menos quem mora lá perto ou dentro do lugar onde se instala um empreendimento.

O meio de atingir as metas é através do trabalho e dinheiro. Se não tiver dinheiro, a instituição República Federativa do Brasil, não tem como cumprir os objetivos através de programas sociais (artigo 6 - Constituição da República Federativa do Brasil), de educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

### ***E. Qual o objetivo das empresas?***

A empresa visa unicamente o lucro e tem compromisso somente com seus associados. Para os indígenas a empresa está completamente interligada com os interesses e objetivos do governo e/ou com Estado brasileiro. A Constituição do Brasil no artigo 5, inciso XXIX assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

No artigo 173, os casos previstos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. N § 1º prevê o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispendo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

No artigo 218, é previsto a promoção e incentivo ao desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas detalhadas no § 4º que antevê apoio e estímulo as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Falando a nossa linguagem própria, a empresa parece ser “parente” do governo desde a mitologia (surgimento - Constituição da República Federativa do Brasil) e na prática. Porque o governo conversa primeiro com a empresa e somente depois procura as comunidades indígenas. Mas o direito é do povo indígena. O Estado brasileiro trata os povos indígenas como pessoas estranhas para si. E às pessoas estranhas não se dá valor, não se dá atenção, não merece ter o que se tem nas comunidades. É assim que os povos indígenas são tratados pela Constituição Brasileira, pelo governo brasileiro. Só reconhece para estar do jeito que é e nada mais. É um direito, mas não direito igual aos demais brasileiros. Como então o Estado se propõe a promover o bem de todos e combater desigualdade? Como isso é possível se só promove o desenvolvimento de uns e estagnação dos outros (indígenas)? A justiça brasileira colabora muito com isso quando colocou 19 condicionantes fora do rumo, mas atendendo somente interesse particular dos empresários de agronegócios.

#### ***F. Qual o objetivo dos povos indígenas?***

O objetivo e interesse dos povos indígenas com o Estado brasileiro estão escrito no artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

que diz “*compete à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*”.

Esse direito dos povos indígenas não está sendo respeitado e cumprido. É dever da União fazer isso. Por isso tem que fazer, não pode fugir da sua responsabilidade constitucional. Mas, não, os povos indígenas do Xingú, por exemplo, fizeram carta ao governo brasileiro realizado nos dias 18 e 19 de agosto, manifestando sua indignação diante dos recentes atos de violação aos direitos indígenas em resposta à atual política adotada pelo governo federal para com os povos indígenas do Brasil, por causa da Portaria 303 da Advocacia-Geral da União (AGU) que entrará em vigor no próximo dia de 24 de setembro, a PEC 215 e a rápida degradação das cabeceiras do Rio Xingu. Estes atos segundo eles representaram total desrespeito não só às lideranças ali presentes, mas à todos os povos indígenas brasileiros que têm buscado um diálogo com o governo atual que simplesmente fecha os ouvidos às suas minorias.

Na carta ainda reforçaram as manifestações de outros movimentos indígenas do Brasil e exigindo a imediata revogação da Portaria 303 da AGU; pleno cumprimento da Convenção 169 da OIT, com destaque para o direito de consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas; ação enérgica do Governo Federal para garantir a proteção de Matas Ciliares e Áreas de Preservação Permanente (APPs), tendo em vista a crescente degradação das cabeceiras dos rios que atravessam e alimentam as Terras Indígenas.

Acusaram o governo Brasileiro de usar uma estratégia de marketing, a imagem de povos indígenas, especificamente xinguanos, o que contrasta com o crescente e assustador retrocesso de nossos direitos. Pediram a urgência ao Estado brasileiro fazer mais do que simplesmente valorizar as culturas indígenas de forma simbólica. Afirmam que é preciso que, na prática, sejam garantidos a manutenção e o cumprimento dos direitos já conquistados. Esta, sim, segundo eles, seria uma manifestação verdadeira de respeito aos povos indígenas, algo de que o Brasil poderia se orgulhar de mostrar ao mundo no momento em que o Brasil se prepara para sediar um evento de caráter mundial, as Olimpíadas de 2016. Assinaram este documento as 13 organizações indígenas<sup>12</sup> que representaram seu povo<sup>13</sup>.

12 Associação Terra Indígena Xingu; Instituto de Pesquisa Etnoambiental do Xingu; Portal do Xingu; Associação Yawalapíti Awapá; Associação Tulukai Waurá; Associação Mavutsinim Kamayurá; Associação Indígena Kuikuro do Alto Xingu; Associação Moygu Comunidade Ikpeng; Associação Indígena Kisêdjê; Associação Uyaipiuku Mehinako; Associação Indígena Yarikayu Yudjá; Centro de Organização Kawaiwetê; Associação Aweti.

13 Povos indígenas do Xingu: Yawalapíti, Trumai, Ikpeng, Waurá, Kamayurá, Kuikuro, Kalapalo, Nahukwá, Matipu, Aweti, Mehinako, Yudjá, Kisêdjê, Kawaiwetê, Naruvutu, Tapayuna.

Outro exemplo está na reportagem<sup>14</sup> da Luana Lourenço da Agência Brasil, publicado no dia 18 de julho de 2012 em que a Associação de Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) repudiou as últimas medidas do governo federal sobre os direitos indígenas através da portaria editada pela AGU que pretendia regulamentar a atuação de advogados e procuradores da União em processos judiciais que envolvem demarcação e direito de uso de áreas indígenas.

Para Apib, a portaria representa um retrocesso para os direitos dos povos indígenas e desrespeita tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil, como a Declaração da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção 169 da OIT, que prevê a consulta prévia aos índios sobre uso de recursos naturais em seus territórios. *"A Apib repudia esta medida vergonhosa que aprofunda o desrespeito aos direitos dos povos indígenas assegurados pela Constituição Federal e instrumentos internacionais assinados pelo Brasil. Entre outras aberrações jurídicas, a portaria relativiza, reduz e diz como deve ser o direito dos povos indígenas ao usufruto das riquezas existentes nas suas terras e ignora o direito de consulta assegurado pela Convenção 169 da OIT"*, criticou, em nota, a organização.<sup>15</sup>

O impacto do desrespeito aos direitos indígenas é dramático segundo reportagem publicado na revista *época*. A notícia começa assim: *a declaração de morte coletiva feita por um grupo de Guaranis Caiová demonstra a incompetência do Estado brasileiro para cumprir a Constituição de 1988 e mostra que somos todos cúmplices de genocídio – uma parte de nós por ação, outra por omissão*<sup>16</sup>.

Segundo a autora da reportagem<sup>17</sup>, os Guaranis Caiová avisam-nos (brasileiros) por carta que, depois de tantas décadas de luta para viver, descobriram que agora só lhes resta morrer. Avisam a todos nós que morrerão como viveram: coletivamente, conjugados no plural.

14 "Organização critica portaria da AGU sobre terras indígenas", *Gazeta Digital*. Recuperado em 20 de novembro de 2012 em: <http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/10/materia/335118>.

15 "Repúdio contra a portaria 303 da Advocacia Geral Da União que reafirma os ataques do Governo Dilma ao Direitos Territoriais dos Povos Indígenas". INESC. Recuperado em 20 de novembro de 2012 em: <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/repudio-contra-a-portaria-303-da-advocacia-geral-da-uniao-que-reafirma-os-ataques-do-governo-dilma-ao-direitos-territoriais-dos-povos-indigenas-1>.

16 "Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui". *Revista Época*. Recuperado em 30 de novembro de 2012 em: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/10/decretem-nossa-extincao-e-nos-enterrem-aqui.html>.

17 Eliane Brum, jornalista, escritora e documentarista. Ganhou mais de 40 prêmios nacionais e internacionais de reportagem. É autora de um romance - *Uma Duas (LeYa)* - e de três livros de reportagem: *Coluna Prestes – O Avesso da Lenda (Artes e Ofícios)*, *A Vida Que Ninguém Vê (Arquipélago Editorial, Prêmio Jabuti 2007)* e *O Olho da Rua (Globo)*. E codiretora de dois documentários: *Uma História Severina* e *Gretchen Filme Estrada*.

Veja nos trechos mais pungentes de sua carta de morte, os indígenas afirmam:

*"Queremos deixar evidente ao Governo e à Justiça Federal que, por fim, já perdemos a esperança de sobreviver dignamente e sem violência em nosso território antigo. Não acreditamos mais na Justiça Brasileira. A quem vamos denunciar as violências praticadas contra nossas vidas? Para qual Justiça do Brasil? Se a própria Justiça Federal está gerando e alimentando violências contra nós. Nós já avaliamos a nossa situação atual e concluímos que vamos morrer todos, mesmo, em pouco tempo. Não temos e nem teremos perspectiva de vida digna e justa tanto aqui na margem do rio quanto longe daqui. Estamos aqui acampados a 50 metros do rio Hovy, onde já ocorreram 4 mortes, sendo que 2 morreram por meio de suicídio, 2 em decorrência de espancamento e tortura de pistoleiros das fazendas. Moramos na margem deste rio Hovy há mais de um ano. Estamos sem assistência nenhuma, isolados, cercados de pistoleiros e resistimos até hoje. Comemos comida uma vez por dia. Tudo isso passamos dia a dia para recuperar o nosso território antigo Pyleito Kue/Mbarakay. De fato, sabemos muito bem que no centro desse nosso território antigo estão enterrados vários de nossos avôs e avós, bisavôs e bisavós, ali está os cemitérios de todos os nossos antepassados. Cientes desse fato histórico, nós já vamos e queremos ser mortos e enterrados junto aos nossos antepassados aqui mesmo onde estamos hoje. (...) Não temos outra opção, esta é a nossa última decisão unânime diante do despacho da Justiça Federal de Navirai-MS."<sup>18</sup>*

## **II. O ponto de vista indígena sobre "governo e empresa"**

O sentido da tradução da palavra "governo" para língua Baniwa é *watalikanaa*, ou seja "nosso governo, nosso comandante, nosso cacique". De quem é *watalikanaa* pode se esperar o desrespeito? Claro que não! Espera-se que se tenha proteção, orientação para aprendizagem, diálogo e atuar junto trabalhando dentro de uma perspectiva de vida e de melhoria para sua comunidade.

O sentido da expressão "nosso governo" é porque os povos indígenas também são partes dos eleitores que escolhem seus governantes juntamente com demais brasileiros para governo federal, estadual e municipal. Os

---

18 "Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui".

mesmo tratamentos que recebem dos seus caciques esperam também dos governantes. Pois, quando recebem aos caciques e governantes é com muita alegria e cerimônia de recepção com muitos presentes e comidas.

Enquanto isso, ou melhor, em resposta de chamá-los de “nosso governo”, “tratamento respeitoso”, os povos indígenas recebem tamanho desrespeito aos seus direitos que listamos ao longo deste artigo no ponto de uma etnia chegar pedir a justiça brasileira para decretar a sua morte coletiva.

Nestas últimas décadas os brasileiros testemunham o genocídio dos Guaranis Caiovás. Em geral, a situação dos indígenas brasileiros é vergonhosa. A dos 43 mil Guaranis Caiovás, o segundo grupo mais numeroso do país, é considerada a pior de todas. Confinados em reservas como a de Dourados, onde cerca de 14 mil, divididos em 43 grupos familiares, ocupam 3,5 mil hectares, eles encontram-se numa situação de colapso. Sem poder viver segundo a sua cultura, totalmente encurralados, imersos numa natureza degradada, corroídos pelo alcoolismo dos adultos e pela subnutrição das crianças, os índices de homicídio da reserva são maiores do que em zonas em estado de guerra.

Os Guaranis Caiovás estão sendo assassinados há muito tempo, de todas as formas disponíveis, as concretas e as simbólicas. “*A impunidade é a maior agressão cometida contra eles*”, afirma Flávio Machado, coordenador do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) no Mato Grosso do Sul. Nas últimas décadas, há pelo menos duas formas interligadas de violência no processo de recuperação da terra tradicional dos indígenas: uma privada, das milícias de pistoleiros organizadas pelos fazendeiros; outra do Estado, perpetrada pela Justiça Federal, na qual parte dos juízes, sem qualquer conhecimento da realidade vivida na região, toma decisões que não só compactuam com a violência, como a acirram.

“*Quando os pistoleiros não conseguem consumir os despejos e massacres truculentos dos indígenas, os fazendeiros contratam advogados para conseguir a ordem de despejo na Justiça*”, afirma Egon Heck, indigenista e cientista político, num artigo publicado em relatório do CIMI. “*No momento em que ocorre a ordem de despejo, os agentes policiais agem de modo similar ao dos pistoleiros, visto que utilizam armas pesadas, queimam as ocas, ameaçam e assustam as crianças, mulheres e idosos.*”

Além disso, quero dizer que o governo segundo ponto de vista indígena é para dar as coisas de graça, sem vender; ele está ali para isso, pois ele foi eleito para isso. Se não dá as coisas não é um bom governo existe o governo bom e ruim; governo do bem e/ou mal; o que é dado pelo governo não é bem

cuidado porque esperam que outra vez vem entregar de novo os mesmos materiais; o governo é aquele que tem tudo e em grande quantidade e por isso dá as coisas.

O povo indígena da comunidade não entende que o governo está submetido para seguir a complexidade da estrutura da instituição do Estado Brasileiro quando se tratar do Brasil. Não entende que tem que seguir o que está escrito na lei. Não entende que se não estiver escrito na lei, precisa primeiro se tornar a lei para depois ser executada nas suas comunidades como direito o que lhe interessa segundo seu objetivo; não entende que o governo está no Poder Executivo que tem Ministérios, secretarias, fundações, empresas estatais e outras formas cheias de papel para poder liberar um trabalho ou uma doação. Não entende que o Poder Legislativo faz parte do governo. Não entende que quando o governo está ruim porque o legislativo também não presta. Por que ela é para fiscalizar seus atos segundo a lei; não entende que o Poder Legislativo é para criar leis a seu favor, por isso elege senadores, deputados, governo e vereadores segundo as coisas dadas ou prometidas por eles a ela porque para ela o governo é para dar as coisas não sabe que sendo feito assim os candidatos estão cometendo crimes, piores pecados no direito, que estão fazendo errado, que com isso estão sendo pessoas ruins, do mal, não do bem e nem bons segundo seu conceito de ser humano nas suas comunidades onde vivem; não sabem que depois de dar as coisas a eles que primeiramente acham como pessoas do bem porque dão as coisas, eles mesmos entram contra seus direitos, querem acabar com seus direitos; lutam contra eles depois; só sabe depois que não fez nada, mas se chegar de novo dando as coisas votam nele novamente; não sabem que o governo que ele elegeu é que depois não reconhece seus representantes, que não executam direito de serviço de saúde nas suas comunidades, não executam direito a sua educação escolar indígena e assim vai, quase sem fim.

O governo é intocável na visão indígena, o que ele disser é que está valendo. Não sabe que ele também está debaixo da lei. Que ele é ser humano que erra e pelo erro deve ser castigado. Essa situação de entendimento é resultado do longo processo de não indígenas desde o contato que fizeram, impuseram para indígenas que aceitassem que fosse assim para dominá-los dando medo, fazendo se sentirem inferiores.

Quanto a empresa, a visão sobre eles, ou melhor, a imagem que fica é que são como vou descrever a seguir. Pelo menos é que fica na cabeça dos povos indígenas do Rio Negro, principalmente nas comunidades do povo Baniwa. Isso devido história da década de 80 quando chegaram garimpeiros, empresas de mineração.

Por isso a empresa é uma entidade que não dá as coisas de graça, vende caro as coisas para o povo indígena, não conversa, ao contrário quer invadir e explorar a riqueza de suas terras sem dar nada em troca para o povo indígena; a empresa tem conhecimento de toda a riqueza que existe nas terras indígenas e sabe quanto custam, mas não querem valorizar às indígenas que moram nelas; a empresa tem apoio do governo muito forte e manda no governo através do seu dinheiro; o governo depende das empresas que o leva a tratá-las com muita cautela para não perder seu apoio para seu governo durante seu mandato; as empresas vêm e entregam coisas para as comunidades como meio de facilitar a sua entrada nas comunidades e conseguir o que elas querem; elas dizem que fazem mais que governo; que governo não faz nada para população; que elas podem fazer porque têm muito dinheiro. São como formigas (saúva da noite) e por isso acabam muito rápido com as coisas e vão embora e não deixam nada para as comunidades; deixam apenas problemas sociais e doenças que acabam com as pessoas sobre qual não sabem se defender e resolver porque não é da sua cultura.

### **III. Ponto de vista estatal sobre “povo indígena”**

Toda a História do Brasil, a partir da “descoberta” e da colonização, é marcada pelo olhar de que o índio é um entrave no caminho do “progresso” ou do “desenvolvimento”. Entrave desde os primórdios – primeiro, porque teve a deslegância de estar aqui antes dos portugueses; em seguida, porque se rebelava ao ser escravizado pelos invasores europeus. A sociedade brasileira se constituiu com essa idéia e ainda que a própria sociedade tenha mudado em muitos aspectos, a concepção do índio como um entrave persiste. E persiste de forma impressionante, não só para uma parte significativa da população, mas para setores do Estado, tanto no governo atual quanto nas gestões passadas, disse a jornalista Eliane Brum da Revista Época<sup>19</sup>.

Em entrevista à Agência Brasil<sup>20</sup>, o advogado-geral da União, Luís Inácio Adams, defendeu a regulamentação e disse que as normas são necessárias para dar “segurança jurídica” à atuação do órgão em processos que envolvam terras indígenas. *“Estou acatando e não criando normas, apenas apropriando uma jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser geral, para todas as terras indígenas. Não é uma súmula vinculante, mas estabeleceu uma jurisprudência geral”*, argumentou. Significa, então, que o Estado brasileiro se sente ameaçado pelo povo indígena? É, pois se sente inseguro. Por isso busca a segurança para se proteger dos povos indígenas.

---

19 *Ibíd.*

20 “Organização critica portaria da AGU sobre terras indígenas”.

Segundo a Agência Canal Energia publicado na reportagem do dia 21 de setembro de 2012, o coordenador do Fórum do Meio Ambiente do Setor Elétrico, Marcelo Moraes afirma que *“O problema da próxima década certamente vai ser enfrentar as questões indígenas. A corda está esticando muito e alguma coisa vai ter de ser feita. Ou a gente melhora a legislação, faz o aperfeiçoamento da legislação, ou abre algum tipo de negociação”*, afirma. Diretor de Relações Institucionais da Associação Brasileira dos Investidores em Autoprodução de Energia Elétrica, Moraes diz que existem poucos empreendimentos hidrelétricos em terra indígena. Da grande maioria que está fora, segundo ele, alguns têm impactos indiretos sobre essas comunidades<sup>21</sup>.

Segundo a jornalista Sueli Montenegro, o avanço dos empreendimentos hidrelétricos em direção à última grande fronteira de expansão da fonte no Brasil - a região Amazônica - tem evidenciado cada vez mais a relevância da discussão sobre a questão indígena. Os conflitos que envolvem atividades econômicas canceladas ou não pelo Estado brasileiro não são novidade para quem acompanha a história da ocupação humana na região Norte. No cenário atual, porém, eles ganham outros contornos, em razão da prioridade dada pelo governo a grandes obras do Programa de Aceleração do Crescimento como as usinas de Belo Monte (PA-11.233 MW) e Teles Pires (MT-1.820MW).

Ela constata que as duas hidrelétricas fazem parte de um conjunto de empreendimentos localizados nas regiões Norte e Centro-Oeste do país que inclui ainda Jirau (RO-3.750 MW) e Santo Antônio (RO-3.150 MW), no rio Madeira, além de futuros aproveitamentos nos rios Teles Pires e Tapajós. O caminho para tornar viável a construção dessas usinas não será fácil, como mostra o exemplo de Belo Monte. O empreendimento teve suas obras paralisadas entre os dias 21 de junho e 11 de julho de 2012, com a ocupação do canteiro conhecido como sítio Pimental por índios das etnias Juruna, Xikrin, Arara da Volta Grande, Kaiapó e Parakanã.

Três funcionários da empresa foram mantidos reféns enquanto a Norte Energia negociava, com o apoio de órgãos do governo, uma solução para os diversos pleitos apresentados pelos índios. Para completar, a concessionária responsável pelo empreendimento enfrentou nova paralisação das obras, suspensas por decisão judicial, ratificada pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª região, mas cassada em seguida por liminar do presidente do STB, Ayres Britto. A decisão do TRF determinava a suspensão das obras por entender que o empreendedor não cumpriu a obrigação legal de ouvir as comunidades indígenas afetadas em audiências públicas.

21 “Questão indígena se impõe ao setor”. Fórum de Meio Ambiente do Setor Elétrico. Recuperado em 30 de novembro de 2012 em: <http://www.fmase.com.br/p6401.aspx?IdNoticia=9807&idme=12384>.

O projeto é do governo. Quem é contratado para construir a obra é a empresa. A autorização é dada pelo próprio governo. O que dá para dizer sobre como o governo trata povos indígenas?

#### **IV. Ponto de vista empresarial sobre “povo indígena”**

As frases e palavras como: “é muita terra para pouco índio; os índios não produzem nada e não ajuda em nada o Brasil; os índios são preguiçosos”, não vem somente das pessoas, mas está institucionalizada e torcendo cada instante e comemorando vitória que o governo brasileiro dá as suas reivindicações, mesmo em cima do direito indígena na Constituição Brasileira de 1988 e outras.

Por exemplo, “o setor ruralista tem uma influência muito grande dentro do governo a ponto de fazer com que a AGU, que tem a tarefa constitucional de fazer a defesa do interesse da União frente a questões particulares, faça, por meio dessa portaria, justamente o contrário, porque ao dificultar as demarcações de terras indígenas em benefício do setor agrário, a AGU está dificultando que o Estado brasileiro reconheça a existência de terras que são parte do patrimônio da União e faz isso em benefício de particulares”. Isso só pode ser interpretado de uma forma: “o governo está se deixando levar pelas pressões políticas vindas do setor dos grandes proprietários rurais”, diz Kleber do Conselho Indigenista Missionário<sup>22</sup>.

Os setores ligados ao agronegócio expressaram contentamento com a portaria. A senadora Kátia Abreu (Partido Social Democrático), presidente da Confederação Nacional de Agricultura (CNA), e uma das mais reconhecidas defensoras dos interesses do agronegócio, publicou em sua coluna quinzenal no jornal Folha de S. Paulo um elogio à portaria, no dia 21 de julho.

Intitulado “Segurança Jurídica, um bem comum”, o artigo afirma que a portaria “confere segurança jurídica ao tema da demarcação e gestão das terras indígenas”. “A partir de agora, o tema já não será uma abstração, gerido por discursos demagógicos de ONGs, que pretendem colocar o Brasil no banco dos réus também nessa questão”, afirma a senadora. Mais adiante, ela pede o aperfeiçoamento da portaria no que diz respeito à expansão das terras já demarcadas, que a portaria proíbe, embora aponte exceções. Embora represente um avanço, a portaria pode – e deve – ser aperfeiçoada. Se, por um lado, impede a ampliação de terra indígena já demarcada, ainda

---

22 “Portaria da AGU sobre terras indígenas: Direitos dos povos indígenas por um fio”. Eco Debate – Cidadania & Meio Ambiente. Recuperado em 15 de outubro de 2012 em: <http://www.ecodebate.com.br/2012/07/31/portaria-da-agu-sobre-terras-indigenas-direitos-dos-povos-indigenas-por-um-fio/>.

não define claramente “os casos de vício insanável ou de nulidade absoluta”. Nada, no entanto, que não se possa corrigir. Com essa iniciativa, a que se somam a atualização do Código Florestal e a adoção do seguro agrícola como uma das prioridades do novo Plano Safra, o mundo rural alcança um novo patamar de segurança jurídica, em benefício de todos os brasileiros”, comemora (Leia o artigo completo). A senadora Kátia Abreu foi procurada para opinar sobre a portaria, mas respondeu por meio de sua assessoria de imprensa que está se recuperando de uma cirurgia e solicitou que a reportagem volte a contatá-la após o recesso parlamentar.

Assim que a portaria foi publicada, a Famasul também divulgou uma nota elogiando a atitude da AGU e confirmando a mobilização da própria entidade e de outros sindicatos rurais para conseguir a portaria. “Para a Federação de Agricultura e Pecuária de Mato Grosso do Sul, a publicação da portaria é resultado de um esforço conjunto da instituição e seus sindicatos rurais, a bancada federal, governos, agentes políticos e vários atores nacionais. A decisão vai ajudar na resolução dos litígios registrados nas propriedades antes pretendidas pelos indígenas. A solicitação para que o governo federal adotasse como “efeito vinculante” o julgamento do STF, de março de 2009, que decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhões de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, foi oficializado à AGU em novembro de 2011. O objetivo foi de agilizar os julgamentos das terras sob conflito, passando a solução para o próprio governo”, informou a federação em seu site.

## **V. Proposta de conciliação de interesses**

Quem tem “o direito de consulta prévia” é o povo indígena, portanto, “o consultado”. O Estado brasileiro tem somente “o dever” de consultar o povo indígena, portanto, “consultante”. Significa dizer que é o povo indígena que decide se aceita ou não, se quer de outro jeito ou não sobre qualquer projeto antes da tomada de decisão do governo brasileiro.

Se falarmos de quem é a ordem do direito, vamos ver que pelo Estado, o Estado Brasileiro está em primeiro lugar, em seguida vem o povo indígena e por último a empresa. Mas pela ordem do direito de anterioridade (originalidade), vem em primeiro lugar, o povo indígena, segundo a União e por último a empresa.

Desta forma a deliberação obrigatoriamente por direito, antes que a empresa participe e tenha acesso ao projeto deve ficar entre “Estado e povo Indígena” e vice-versa, “Povo Indígena e Estado Brasileiro”. Somente depois que ambos se entenderem e fizerem o acordo de consenso é que deve ser chamado a empresa para participar.

*“Pois, o Estado visa o bem de todos priorizando pessoas. No caso, o povo indígena é o legítimo possuidor do imóvel, terra. A empresa visa o lucro não tem compromisso com a população, com o povo indígena, somente com seus associados.”* Portanto, como é obrigação do Estado brasileiro proteger o bem de todos os filhos, indiscutivelmente tem que ver a questão indígena antes de falar com a empresa.

O ponto de conflito hoje é porque as coisas acontecem no sentido contrário ao direito de consulta prévia do povo indígena. Primeiro o governo chama à empresa para conversar sobre o projeto. Somente depois é que levam ao conhecimento indígena, nem consulta é, mas de imposição. Assim não tem porque não ter conflito. Os operadores do Estado brasileiro estão agindo fora da lógica humana e contra o direito.

O ponto pacífico seria: o governo chama primeiro aos indígenas e depois do acordo, é que convidam a empresa. Dessa forma o conflito diminuirá e muitos desperdícios desaparecerão. Todos ganharão com isso: Estado, os povos indígenas e a empresa. E o Brasil continuará se desenvolvendo, mas não pode ser de qualquer jeito.

## **VI. Proposta de procedimento de um efetivo diálogo e a consulta**

O diálogo para os povos indígenas é se entender sobre alguma coisa com alguém. O diálogo é informal e muito valorizado pelo povo indígena (pré-consulta). Quando acontece um diálogo sabe-se que o desconhecido não tem maldade no coração para com ele. No caso do Estado com o povo indígena, isso não acontece, logo entende-se que o Estado não tem uma boa intenção. Neste sentido o problema está no Estado brasileiro, não no povo indígena. Pois a União sempre fez as coisas sem consultar e agora o direito do povo indígena lhe obriga e tem que fazer corretamente.

A consulta vem no segundo momento. É momento de apresentar a proposta dentro do que já se conseguiu de entendimento entre si. Geralmente é momento de corrigir: isso pode, isso não pode, tem que ser assim, tira isso e coloca dessa forma. Mas isso só acontece quando anteriormente no momento de diálogo fossem bastante claros os interesses. Aí sim, podemos esperar um bom acordo e de consenso. Dessa forma o povo indígena se sente também defensor daquele projeto. Ao contrário, só resulta conflito.

Desde o começo do processo de consulta é fundamental definir as expectativas sobre seu próprio resultado de maneira conjunta. Isso ajuda a evitar frustrações e a reduzir desentendimentos e conflitos sobre a própria consulta. Portanto, depois de um breve acordo de procedimento e prazos,

o direito de consulta pode ser implementado sem maiores complicações, bastando a vontade e boa-fé dos envolvidos para definir conjuntamente as regras que devem reger cada consulta e avançar na aplicação e exercício do direito.

É possível consultar os povos indígenas sobre as decisões públicas que envolvem suas terras e recursos naturais, desde que com metodologia participativa, porque nelas encontra-se a garantia das condições de vida física e cultural. A aplicação do direito de consulta não implica nada além da aplicação dos princípios da democracia mais básicos, que obriga o Estado a se adequar para uma afetiva interlocução com os povos indígenas.

Dentre os principais consensos internacionais com a revelação ao conteúdo do direito de consulta prévia, vale a pena destacar os processos de pré-consulta, ou planejamento conjunto de consulta, que permitem as partes envolvidas definirem, de maneira conjunta, e de mútuo acordo, pelo menos cinco elementos necessários para o desenvolvimento de um processo de consulta livre, prévia e informada. São eles:

- 1) a definição dos interlocutores e representantes de cada órgão e povo participante, com a devida indicação explícita de suas competências e do alcance de seu mandato;*
- 2) a definição de procedimentos para a produção e divulgação de informação, assim como para a deliberação e a tomada de decisão no processo de consulta, seja por meio de ciclos de reuniões públicas seja na forma de assembleias, grupos de trabalho, apresentações técnicas etc;*
- 3) o acordo sobre os prazos necessários para a execução do processo de consulta, levando em consideração condições geográficas, diversidade cultural e o ritmo dos diferentes povos para a tomada de decisões, e do orçamento público;*
- 4) a quantificação dos recursos físicos, humanos e financeiros indispensáveis para segurar o processo de consulta;*
- 5) um acordo mútuo sobre a maneira em que serão incorporados os resultados da consulta na decisão final do objeto do processo.*

## **VII. Desafios**

As mudanças paradigmáticas iniciadas a partir de 1988 representam para nós povos indígenas apenas o começo de um longo processo que começa a se delinear nas relações entre os índios, governos e a sociedade brasileira. Elas nos mostram ainda que o nosso destino como povos indígenas não está determinado previamente, mas depende, sobretudo, de nós mesmos, de

nossas lutas e estratégias políticas adotadas, de forma dialética, e contando com a reação da sociedade brasileira às nossas demandas.

Com a redemocratização do país, a Constituição de 1988 representou uma mudança de olhar e uma esperança de justiça. Os territórios indígenas deveriam ser demarcados pelo Estado no prazo de cinco anos. Como sabemos, não foi. O processo de identificação, declaração, demarcação e homologação das terras indígenas tem sido lento, sensível a pressões dos grandes proprietários de terras e da parcela retrógrada do agronegócio. E, mesmo naquelas terras que já estão homologadas, em muitas o governo federal não completou a desintrusão – a retirada daqueles que ocupam a terra, como posseiros e fazendeiros –, aprofundando os conflitos.

O Poder Judiciário brasileiro ainda não reconheceu os direitos indígenas como uma possibilidade de serem exercidos fora das ações específicas, por exemplo, como a defesa nas ações possessórias onde se pede a desocupação de áreas de terras ou conjunto de apartamentos desocupados das periferias das cidades. Ainda não reconheceu, portanto, que os direitos coletivos possam se opor a direitos individuais em ações ordinárias e especialmente a direitos de propriedade e posse<sup>23</sup>.

O Direito nacional reconheceu nossos direitos coletivos como povos indígenas e assim como deu a nós o mesmo tratamento judicial: reconheceu legitimidade para as comunidades e organizações, ao Ministério Público, mas também aos índios individualmente.

Ainda que a Convenção 169 da OIT tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002, que está em vigor no País desde meados de 2003, vários direitos ali assegurados aos povos indígenas (como a autodeterminação, a autonomia territorial e a aplicação da consulta prévia, livre e informada, sempre e quando atos administrativos e legislativos os afetem ou a seus territórios) são desconsiderados ou são tratados de maneira displicente. No fundo, as forças político-sociais promotoras das relações assimétricas e do colonialismo interno, elementos fundantes do Estado brasileiro e das instituições e práticas no relacionamento com os povos indígenas e territórios, estão intactas e foram fortalecidas na última década. A composição e a atuação do Congresso Nacional são uma expressão disso<sup>24</sup>.

Segundo Darcy Ribeiro, indigenista, no seu livro intitulado de “Os índios e a Civilização”, já descrevia que a impunidade, a injustiça e os inúmeros

23 Souza Filho, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, 188.

24 INESC, *Boletim* 27 (2011): 8.

desrespeitosos atos contra aos direitos indígenas é da própria Justiça brasileira que é injusta com a sociedade, com os povos, não como instituição, mas como pessoas físicas que com cargos ali operam na pessoa jurídica do Estado.<sup>25</sup>

Isto se refere no concreto, a história de mais de 500 anos do Brasil como Estado com povos indígenas que foram forçados para não sermos mais índios, além de mortes provocados, diminuição da população. E agora depois de tudo, conquista de direitos na constituição e leis internacionais ratificadas pelo Brasil, a justiça é omissa, ela própria discrimina e viola nossos direitos. Assim é demonstrado a ignorância e o desprezo pela cultura indígena tornando o Estado brasileiro incapaz de perceber a importância funcional das instituições tribais, fazendo da sua tarefa mais uma obra de extinção que de educação.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 13 de Setembro de 2007 por sua Assembléia Geral, reconhece aos povos indígenas autonomia, autogoverno e livre determinação. Autonomia (artigo 4) deve ser entendida como a liberdade que têm os povos indígenas de decidir livremente sobre todos os assuntos que afetem suas terras, territórios, recursos naturais, vida e destino, em relação à sociedade da qual fazem parte. Já o autogoverno (artigo 4) é a forma própria de organização social, política e econômica de cada povo indígena; autonomia para decidir, de acordo com as suas culturas, sobre questões que os afetem. E por fim, a livre determinação (artigo 3), como o direito que têm os povos Indígenas de definir livremente sobre seus próprios assuntos, com total liberdade, para promover o seu desenvolvimento econômico, político, social, cultural, educativo e jurídico, bem como outro aspecto qualquer que diga respeito à sua vida e destino, incluindo o direito à autonomia e ao autogoverno, assim como o de circular livremente através das fronteiras.

A Convenção 169 da OIT, já várias vezes citado, estabelece diversas garantias para as populações indígenas, privilegiando seus usos, costumes e tradições. Estabelece, por exemplo, que os Governos devem consultar os povos interessados quando houver medidas legislativas ou administrativas que possam afetá-los, garantindo que possam participar na tomada de decisões em instituições ou organismos administrativos e outros responsáveis pelas políticas e programas que lhe afetem (artigo 6).

A Convenção determina ainda que os povos interessados devam ter o direito de escolher suas próprias prioridades de acordo com suas crenças,

---

25 Darcy Ribeiro, *Os Índios e a Civilização* (São Paulo: Companhia das letras, 1996), 48.

instituições e bem-estar espiritual, de controlar as suas terras e, também, o seu desenvolvimento econômico (artigo 7) se assim o desejarem. Portanto, ao Estado compete dar efetividade à decisão dessas populações, sem, contudo, impor seus interesses ou os interesses internacionais. A decisão da comunidade detentora do conhecimento deve ser soberana sobre os demais interesses sobre determinado conhecimento.

Infelizmente, se observou que o Poder Judiciário Brasileiro não aplica as Convenções Internacionais. Foram analisadas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, referentes às questões indígenas, e poucas decisões apresentavam fundamentos em tratados, principalmente na Convenção nº 169 da OIT, para a garantia dos direitos dos povos indígenas. Diferente é a situação de outros países na América Latina, a Colômbia, por exemplo, utiliza frequentemente essa Convenção para conceder e reconhecer direitos aos povos indígenas que habitam seu território.<sup>26</sup>

Deste modo, verifica-se que, o judiciário nacional pode reconhecer os direitos pleiteados pelos povos indígenas com base nos tratados e convenções internacionais, ao invés de se pautar por instrumentos legais internos que não garantem a plenitude desses direitos, e muitas vezes contrariam os interesses dos povos indígenas envolvidos.<sup>27</sup>

26 Souza Filho, "Estatuto dos povos indígenas", 42.

27 *Ibíd.*

## Referências Bibliográficas

Brum, Eliane. "Decretem nossa extinção e enterrem nos aqui". *Revista Época*, Outubro de 2012. Recuperado em primeiro de novembro de 2012 em <http://revistaepoca.globo.com>.

Coleção "Educação para Todos", *Série Via dos Saberes 2* (2004): 208-244

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília. Recuperado em 20 de novembro de 2012 em: <http://legislação.planalto.gov.br>.

Eco Debate – Cidadania & Meio Ambiente. "Portaria da AGU sobre terras indígenas: Direitos dos povos indígenas por um fio". Recuperado em 15 de outubro de 2012 em: <http://www.ecodebate.com.br/2012/07/31/portaria-da-agu-sobre-terras-indigenas-direitos-dos-povos-indigenas-por-um-fio/>.

Fórum de Meio Ambiente do Setor Elétrico. "Questão indígena se impõe ao setor". Recuperado em 30 de novembro de 2012 em: <http://www.fmase.com.br/p6401.aspx?IdNoticia=9807&idme=12384>.

Gazeta Digital. "Organização critica portaria da AGU sobre terras indígenas". Recuperado em 20 de novembro de 2012 em: <http://www.gazetadigital.com.br>.

INESC. *Boletim* 27 (2011).

INESC. "Repúdio contra a portaria 303 da Advocacia Geral Da União que reafirma os ataques do Governo Dilma ao Direitos Territoriais dos Povos Indígenas". Recuperado em 20 de novembro de 2012 em: <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/repudio-contr-a-portaria-303-da-advocacia-geral-da-uniao-que-reafirma-os-ataques-do-governo-dilma-ao-direitos-territoriais-dos-povos-indigenas-1>.

Instituto Humanista Unisonos. "Convenção 169 da OIT: o descaso brasileiro. Entrevista especial com Carolina Bellinger". Recuperado em 11 de novembro de 2012 em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/512272-convencao-169-da-oit-o-descaso-brasileiro-entrevista-especial-com-carolina-bellinger>.

Repórter Brasil. "Para entidades, norma sobre povos tradicionais não é cumprida". Recuperado em 11 de novembro de 2012 em: <http://reporterbrasil.org.br/imprimir.php?id=1454>.

Revista Época. "Decretem nossa extinção e nos enterrem aqui". Recuperado em 30 de novembro de 2012 em: <http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/eliane-brum/noticia/2012/10/decretem-nossa-extincao-e-nos-enterrem-aqui.html>.

Ribeiro, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito* (1ª edição, 2ª tir). Curitiba: Juruá, 2000.

Souza Filho, Carlos Frederico Marés. "Estatuto dos povos indígenas". Série *Pensando o Direito*, nº 19 (2009).

Vaz, Antenor. "Da Tutela para a Política de Direitos". Em *Povos Indígenas no Brasil de 2006-2010*, org. Carlos Alberto Ricardo e Fany Ricardo, 52-58. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

Yamada, Erika M., "Quem ganha com conflitos não resolvidos?". Em *Povos Indígenas no Brasil 2006-2010*, org. Carlos Alberto Ricardo e Fany Ricardo, 61-62. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

**CONSULTA PREVIA EN  
COLOMBIA Y SUS DESARROLLOS  
JURISPRUDENCIALES.  
UNA LECTURA DESDE LOS  
PUEBLOS INDÍGENAS, LAS  
EMPRESAS Y EL ESTADO**

*Guillermo Padilla Rubiano*





# CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA Y SUS DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES. UNA LECTURA DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, LAS EMPRESAS Y EL ESTADO

**Guillermo Padilla Rubiano**

## **Resumen**

El presente artículo trata sobre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, sus antecedentes y desarrollo jurisprudencial con un enfoque particular en Colombia, a partir de lecturas desde sentencias de la CIDH, la Corte Constitucional de Colombia y otras de América Latina. Nuestra orientación va tanto en el sentido de identificar dificultades como aspectos positivos y potencialidades del ejercicio de este derecho, especialmente el despliegue de autoridad como expresión de la libre determinación a que tienen derecho los pueblos indígenas y afrodescendientes en el ejercicio de este derecho.

## **I. Introducción<sup>1</sup>**

En las últimas décadas, se ha estado dando en América Latina un proceso de transformación del Estado que lo aleja del facilismo de estructuras importadas. De Estados de una sola cultura, idioma, religión, pueblo, pasamos a enfrentar el reto con las complicaciones propias del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Esto se da en el contexto global de una creciente demanda por recursos naturales y un incremento de la preocupación por el cambio climático y los conflictos de valores que se asocian a estos fenómenos. En este contexto, aparece el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. En el presente artículo, procuraremos aportar elementos que contribuyan a identificar las distintas miradas confrontadas en la compleja trama de la aplicación de este derecho en América Latina, con particular énfasis en Colombia, procurando identificar y crear puentes de comunicación entre las diferentes perspectivas en juego: las de los pueblos indígenas, el Estado y la iniciativa privada.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, por una combinación de factores que incluye la resistencia y las luchas de diversos sectores sociales contra la injusticia implícita de su marginación y despojo, la conformación de nuevas miradas, desde teóricos de las ciencias sociales hasta la aparición de cuerpos legales internacionales promovidos por agencias de Naciones Unidas y otros

<sup>1</sup> El presente trabajo es resultado de investigación de campo en Colombia de enero de 2011 a agosto de 2012 y forma parte de un proyecto comparativo adelantado en Colombia, México y Guatemala sobre consulta previa.

organismos internacionales, comenzaron a mudar la dinámica y el tipo de relación de los Estados con grupos sociales histórica y estructuralmente subordinados, marginados y discriminados, como son las mujeres, los homosexuales y las llamadas comunidades étnicas.

En la actualidad, en razón tanto de la globalización, de la expansión del Estado neoliberal así como de las reacciones y resistencias que se están generando frente a la arremetida extractivista de proyectos, que afectan tanto a la naturaleza como a las poblaciones, se da un incremento en el interés desde diversos campos políticos y académicos en el estudio del derecho a la consulta previa. Este interés gira en torno, por un lado, a los cambios en la soberanía estatal en el nivel global y, por otro, a las reconstituciones de la relación Estado, nación, diversidad, legislación e instituciones internacionales y capital transnacional, dando lugar a debates desde la teoría jurídica, sociológica, antropológica y política con autores interesados en el tema y la región.

El derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas es uno de los derechos que han alcanzado en la actualidad mayor relevancia y desarrollo en relación con el tema de los derechos indígenas en el ámbito internacional. Este derecho en Colombia ha tenido un importante desarrollo, tanto desde estructuras político-administrativas como de las comunidades étnicas y, particularmente, en el nivel jurisprudencial.

Es importante remarcar que este derecho a la consulta y la obligación correlativa del Estado es un derecho en sí, pero también es un medio para la vigencia de otros derechos, como el derecho a la participación política; el derecho de preservar y fortalecer sus culturas, lenguas e instituciones; el derecho a mantener sus territorios; el derecho a la salud, a la educación y a su propio desarrollo, entre otros. Es también una forma de ejercer la libre determinación a la que tienen título, como lo dispone la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, entre otras disposiciones legales. La CIDH ha sentado diversos precedentes para definir los alcances del derecho a la consulta en casos específicos<sup>2</sup>.

La democratización del Estado y de la sociedad, que prescriben varios cuerpos legales internacionales, tanto como la Constitución nacional, se encuentra correlacionada con un esfuerzo comunal e institucional de construcción histórica, durante el cual es indispensable que el ámbito de lo público y el sistema político estén abiertos al reconocimiento constante y progresivo de nuevos actores sociales. En consecuencia, una democracia, representativa y

<sup>2</sup> Casos Saramaka vs. Surinam; Moiwana vs. Surinam; Yatama vs. Nicaragua; Myagna (Sumo) Awas Tiwni vs. Nicaragua, entre otros.

participativa, guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad y permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, cuyo ejercicio en el mejor de los casos se limita a los tres minutos cada cuatro años, el tiempo que toma votar, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel, particularmente cuando esto atañe a sus derechos fundamentales. En el caso de pueblos indígenas esto se refiere a la autonomía, la tierra y la cultura.

## II. La reconstitución del Estado en América Latina

Cuando nos planteamos el tema de la relación entre el Estado y la nación, ambos conceptos nos llevan inevitablemente a preguntarnos sobre el derecho, definido éste como el conjunto de principios y reglas, escritas o no, que sirven como medio de control de la vida social y como mecanismo que facilita la convivencia. Es en este sentido que adquiere vigencia la afirmación del jurista de la Roma antigua Ulpiano, cuando afirma: "Donde está la sociedad, está el derecho"<sup>3</sup>.

Otra mirada señala el ejercicio de la violencia como partera de la historia<sup>4</sup> y el derecho como instrumento para consolidar la dominación que surge de ésta, en particular, para la apropiación y defensa de la propiedad individual, frente a lo que antes era de la comunidad<sup>5</sup>.

Ivan Illich (1982) utiliza la palabra inglesa *commons* para referir aquello fuera de la posesión del individuo, pero sobre lo cual toda persona tenía un derecho reconocido de uso, reglamentado por el derecho consuetudinario, no para la producción de mercancías, sino para la subsistencia de sus congéneres<sup>6</sup>.

Como señala Tomas Hobbes en el *Leviatán*: "*Pero ninguno de nosotros acusa por ello a la naturaleza del hombre. Los deseos, y otras pasiones del hombre, no son en sí mismos pecado. No lo son tampoco las acciones que proceden de estas pasiones, hasta que conocen una ley que las prohíbe. Ni puede hacerse ley alguna hasta que haya acordado la persona (o personas)*"

3 Petite Eugéne. Tratado elemental de Derecho Romano. México, D. F.: Edinal Impresora, S. A., 1975, 19.

4 Marx, Karl. *El Capital*. T.1, Vol. 3. México: Siglo XXI, 2002, 940.

5 Aquí nos referimos al proceso histórico que Marx llama de "acumulación originaria" y que consiste en la separación entre el productor y los medios de producción que lo obligan a sobrevivir por medio de la venta de su fuerza de trabajo (Marx [1867]).

6 Esteva, Gustavo. "La insurrección en curso". Conferencia. México: Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2010.

que lo hará". Es en Europa durante lo que se conoce como la modernidad, cuyo punto de partida, según Quijano (1992), es 1492, cuando ocurren los cambios más importantes en el ordenamiento político que dan lugar a la aparición de lo que hoy entendemos como el Estado moderno, concebido como un territorio con fronteras determinadas, la existencia de un gobierno común y un sentimiento compartido de identificación cultural y nacional entre sus habitantes.

El Estado liberal que emerge de la revolución francesa surge como respuesta a las necesidades de la revolución industrial y a la nueva configuración de clase que comienza a darse en las naciones. Los planteamientos de ideólogos, como Rousseau, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Smith, Ricardo, Malthus, Locke y Hobbes, entre otros, acuerpan y dan lugar a la aparición de un nuevo modelo de Estado: el Estado liberal-burgués.

Éste es el modelo que los padres fundadores de nuestros nacientes Estados independientes toman en cuenta para el continente latinoamericano, pero que no logran hacer corresponder con la realidad que nos habían dejado 300 años de vida colonial. Los Estados, capturados desde su origen por élites criollas, patriarcales, propietarias de tierras, esclavos e indios, mayoritariamente católicas y esencialmente europeas en cuanto a su formación e identificación cultural, dejaban por fuera de la retórica de la libertad, igualdad y ciudadanía a los indígenas, las mujeres y los afrodescendientes. Los años que tuvieron que pasar antes que esa retórica comenzara a tornarse en realidad dejan una herencia que ha dificultado la concreción del tipo de nación que necesitaba acompañar la consolidación del Estado.

En la medida que desde la antropología el Estado es definido como una formación cultural, los estudios sobre modernidad, subalternidad y post-colonialidad interrogan las maneras cómo se impone desde el Estado, por medio de sus acciones y silencios, un dominio que se torna hegemónico y que, a la par que promueve el individualismo, la competencia, el lucro y un consumo depredador, tiene graves implicaciones tanto para la sobrevivencia de la diversidad étnica y cultural como para la salud ecológica y ambiental del planeta<sup>8</sup>.

Es de este contexto que en 1989 surge el Convenio 169, que aunque es perfectible, como toda obra, puntualiza respecto a temas sensibles y cruciales para estos pueblos. Mientras que el Convenio 107 partía de la idea de la inevitabilidad de la desaparición de las poblaciones indígenas

7 Hobbes, Thomas. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, [1651] 2008. Cap. XIII.

8 Ver Dussel, Escobar, Quijano, Mignolo, Guha, Mohanti.

y tribales en tanto se fueran integrando a las sociedades dominantes, el Convenio 169 acoge una actitud de respeto y valoración por la diversidad de culturas y formas de vida de los pueblos, reconociendo sus derechos colectivos; incluyendo los derechos a la propiedad sobre tierras poseídas tradicionalmente, el ser consultados como colectividades sociales por medio de sus propias instituciones representativas y el derecho colectivo a su costumbre<sup>9</sup>, subrayándose su derecho inalienable a una existencia perdurable, libre determinación y a un desarrollo definido por los mismos pueblos.

Es así como en el Convenio 169 aparece por primera vez el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, lo que constituye parte esencial de un nuevo paradigma en las relaciones con los pueblos indígenas. De esta forma, estos pueblos pasan de ser objetos de las políticas públicas y proyectos de desarrollo a ser sujetos activos de consulta y cuya opinión debe ser tomada en cuenta, con diferentes niveles de obligatoriedad, según la materia de la consulta que los pueda afectar<sup>10</sup>. Este derecho reconoce la existencia de otros saberes, valida la expresión de otros conocimientos invisibilizados durante siglos, lo que en estos momentos se traduce en la capacidad de contribuir a la búsqueda de un balance entre la demanda en los mercados por recursos naturales y la protección ecológica, ambiental y cultural del planeta.

Sin embargo, y por otra parte, el derecho a la consulta previa aparece en el contexto de políticas neoliberales que menguan el poder del Estado y que pretenden con este derecho generar espacios donde los pueblos indígenas y empresarios inversionistas se puedan sentar en una mesa de negociación, haciendo caso omiso de la asimetría que existe entre unos y otros. Basta imaginar estos espacios considerando las diferencias respecto a la disponibilidad de equipos legales, acceso a la información, recursos financieros y las relaciones con los poderes locales, nacionales e internacionales, entre otros. Esta situación se agrava ante la presencia disminuida del Estado e, incluso, algunas veces, su ausencia en estos espacios de negociación. Con la concepción y práctica de estos espacios, se produce un desplazamiento de la concertación -que caracterizó las relaciones sociales en las décadas anteriores- a la transacción como la norma en la actualidad<sup>11</sup>, pretendiendo normativizar la razón "precio" detrás de cada relación, derecho o negociación.

9 Anaya, James. "Los derechos de los pueblos indígenas". En Berraondo, Mikel (coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto (Instituto de Derechos Humanos), 2006,9.

10 Rodríguez Garavito y Meghan Morris (dirs). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.

11 Escobar, Arturo. *El final del salvaje*. Bogotá: CEREC-ICANH, 1999.

Son cuatro las características fundamentales que creemos determinan el contexto en el que se generan estos cambios de rumbo en las políticas de intervención respecto a derechos de los pueblos indígenas: 1) América Latina atraviesa en estos momentos por una arremetida del capital transnacional que busca concesiones para explotaciones e industrias extractivas, construcción de hidroeléctricas, explotación de otros recursos naturales y varios tipos de megaproyectos que afectan tierras y territorios de pueblos indígenas y tribales<sup>12</sup>. 2) La segunda característica tiene que ver con el incremento de una preocupación global por el cambio climático y la crisis ecológica, en general, misma que ha llevado a impulsar políticas y programas tipo UN-REDD<sup>13</sup> y otras iniciativas orientadas hacia la conservación de la biodiversidad y protección de la diversidad étnica y cultural. 3) Estamos frente al reconocimiento internacional, expansión y apropiación de un contexto legal que marca un nuevo paradigma en la relación entre los Estados y los llamados grupos étnicos<sup>14</sup>. 4) Se observa un incremento de organizaciones indígenas y negras, tanto en el modelo de organizaciones no gubernamentales, como de orden más orgánico y tradicional, incrementando su visibilidad, movilización política e incidencia frente al Estado<sup>15</sup>.

El contexto en el que ocurren estas reformas es la propagación del modelo neoliberal en cuya agenda se incluyen principios que coinciden hasta cierto punto con las demandas de estos sectores excluidos, y la ampliación de la ciudadanía a aquellos sectores sociales históricamente discriminados. Todos son bienvenidos al mercado: mujeres, indígenas, afrodescendientes, homosexuales, etc. En tanto que así es definida la ciudadanía por el neoliberalismo, en términos de acceso al mercado con énfasis en elementos más pragmáticos que doctrinarios<sup>16</sup>, el Estado neoliberal plantea varias diferencias respecto al modelo anterior del Estado liberal-capitalista. Una diferencia importante es la redistribución de la responsabilidad y el riesgo, dando fin al Estado de bienestar: los servicios de salud, educación, comunicaciones, etc. se privatizan y se convierten en fuente de ganancia

12 Ver: Harvey, David. *The New Imperialism*. Nueva York: Oxford University Press, 2003 y Harvey, David. *La condición de la posmodernidad*. Capítulo III. La experiencia del espacio y tiempo. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

13 UN-REDD pretende incidir en los efectos dañinos de la humanidad sobre la naturaleza, atribuyendo a los bosques un valor monetario basado en su capacidad de almacenar carbono y conseguir así la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero.

14 Escobar, Arturo. Op. cit.

15 Ver: Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). "Violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario perpetradas en contra de los pueblos indígenas en Colombia". Publicaciones. Boletín. Enero-octubre, 2011 y Grueso, Libia; Carlos Rosero y Arturo Escobar. "The social movement of black communities in the southern Pacific coast of Colombia". En: Sonia Álvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar (eds). *Culture of Politics and Politics of Culture: Revisioning Latin America Social Movements*. Boulder; Westview Press, 1998, 196-219.

16 Ong, Aihwa. *Neoliberalism as exception: mutations in citizenship and sovereignty*. Duke University Press, 2006.

privada. Incluso las guerras se convierten en negocios, vitrina de nueva tecnología armamentista para el mercado de armas y espectáculo de consumo mediático.

En la ideología neoliberal, el Estado se desprende de un fin común moral para tomar una opción primordial por los negocios; transfiere su papel de planificador al mercado; se incrementa el énfasis en la descentralización y la regionalización y se genera una descentralización fiscal y administrativa dentro de los Estados- naciones<sup>17</sup>. Todo ello va acompañado de una exaltación de la figura de la fiscalización/participación como un tipo de perfil que "otorga" poder al ciudadano frente a la disminución de la centralidad del Estado<sup>18</sup>. También hay un énfasis en la normatividad como eje del gobierno, pero con mayores exigencias para el ciudadano de a pie que para el aparato estatal, dado que éste último funciona sobre la base de la excepcionalidad, haciendo que la transparencia que proclama este modelo sea también en gran parte retórica e ilusoria.

En esta coyuntura comienzan a surgir en toda la región de América Latina reformas constitucionales que definen a las naciones como multiétnicas, pluriculturales y multilingües. En las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), por ejemplo, se redefine el Estado como plurinacional y aparecen en los textos constitucionales nuevas narrativas que retan lo que hasta ese momento era monopolio de sistemas de representación jurídica y constitucional de tipo occidental. Asimismo, se trasladan a los pueblos indígenas algunas funciones que antes eran responsabilidad estatal; aparece una creciente descentralización que funciona a favor del papel de los pueblos indígenas frente a la justicia, educación, salud y, hasta cierto punto, administración de sus territorios, acompañada de un incremento en la capacidad de incidencia frente al Estado y en la conformación y proyección de movilizaciones y acción política frente a la defensa de lo local, su tierra y la naturaleza.

El caso colombiano es un buen ejemplo del efecto de este nuevo marco que emerge del bloque constitucional. Con la aparición en la Constitución Política de 1991, se crearon nuevos espacios de participación para indígenas y afrocolombianos, en varios niveles de la organización administrativa y política del Estado<sup>19</sup>. Las circunscripciones electorales especiales les garantizan cupos en las corporaciones públicas nacionales y se da una expansión de derechos a estos sectores de la población en una diversidad de

---

17 Harvey, David. *The Crises of Capitalism* Lecture given at the RSA. Londres, 2010.

18 Poole y Das. *Anthropology in the Margins of the State*. New Delhi: Oxford University Press, 2004.

19 Gueso y otros, op. cit.

materias. Un efecto visible de esto es un nuevo tipo de ciudadano cada vez más reglado por normas. En foros internacionales sobre temas de derechos indígenas y afrodescendientes, llama la atención el énfasis en la cita de leyes y un lenguaje poblado de tecnicismos jurídicos en las intervenciones de los representantes colombianos. La aparición en el marco legal colombiano de derechos y garantías ha generado un nuevo modelo de ciudadano que toma conciencia de que el Estado y las políticas públicas son asuntos de su incumbencia y que su participación puede hacer una diferencia<sup>20</sup>.

Esta transformación de la forma como el Estado es concebido y el nuevo tipo de relación con los distintos sectores sociales que constituyen la nación, hace que aparezca la necesidad de una nueva institucionalidad, el establecimiento de puentes entre realidades diversas y disciplinas que faciliten el abordaje hacia una nueva configuración del Estado. Es aquí donde aparecen conceptos como el etno-desarrollo, la etno-educación, el pluralismo jurídico, el peritaje antropológico y la consulta y el consentimiento previo, entre otros. Pero esta es sólo una cara de la moneda: la otra de la violencia, el conflicto armado, la arremetida extractivista y la débil presencia del Estado en escenarios claves lleva a la conclusión de la Relatoría de Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en sus informes de 2004 y 2010, según la cual el 65% de los pueblos indígenas del país se encuentra amenazado de desaparición. Según cifras del Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, citadas por la oficina de la ONU, en Colombia se cometieron 94 asesinatos de indígenas entre enero y octubre del 2009.

En los diagnósticos hechos por la Corte Constitucional de Colombia (CCC) en el 2009 y 2010, se declara que al menos 35 grupos indígenas se encuentran en inminente peligro de extinción a causa del conflicto armado y el desplazamiento que afectan sus territorios<sup>21</sup>. Algunos se encuentran en situaciones más críticas que los demás. La protección a estas comunidades vulnerables, presente en la legislación y la constitución colombiana, obliga al Estado a garantizar su sobrevivencia y, en este sentido, se orientan los autos de la CCC, que constituyen un ejemplo admirable de activismo judicial.

### **III. Colombia, la búsqueda de un nuevo consenso social**

La importancia del derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado se observa no sólo como un acto de justicia para poblaciones

---

20 Padilla, Guillermo. "El principio de legalidad y el debido proceso en contextos de interculturalidad". En: *Manual para jueces y funcionarios judiciales sobre pluralismo jurídico*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

21 Auto 004, de 2009, y Auto 382, de 2010.

que han y siguen padeciendo todo tipo de violencia, despojo, explotaciones, discriminaciones, sino también desde el punto de vista de la validación de saberes, la verificación sobre el terreno de lo que algunos autores<sup>22</sup> describen como conocimientos indígenas ligados al lugar. A lo largo de cientos, hasta miles de años, estos pueblos han generado saberes y prácticas que exaltan la relación sagrada de los humanos con la naturaleza, lo que tiene implicaciones ecológicas fundamentales, en particular en este momento con la grave crisis ambiental y el cambio climático que se vive en la actualidad. Profundizar sobre esta aproximación es vital en la presente expansión del capitalismo que subraya el lucro como la razón superior; la consulta abre una ventana donde estas voces pueden ser escuchadas y tenidas en cuenta al momento de tomar una decisión. Corroborar este aspecto sobre el terreno ha sido algo fundamental del trabajo etnográfico que adelantamos en la investigación comparativa<sup>23</sup>.

Otro aspecto esencial del trabajo etnográfico ha sido verificar sobre el terreno el grado de correlación entre el papel de los actores locales, en particular las autoridades ancestrales e intelectuales (orgánicos y públicos), con los cuerpos legales de origen internacional y sus efectos. El caso que estudiamos con el pueblo arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, ilustra la apelación directa de las comunidades a esos cuerpos legales internacionales en la aplicación propia de mecanismos de defensa como son las consultas. En Colombia, con las reivindicaciones de sus derechos específicos<sup>24</sup>, los movimientos indígenas han contribuido a desarrollar el nuevo marco constitucional y legal internacional que reconoce los derechos indígenas, incluyendo la defensa de sus territorios no sólo como base de su subsistencia, sino también por su carácter de espacio cultural y sagrado.

La CIDH, en la sentencia de Sarayaku<sup>25</sup>, de junio del 2012, establece respecto a la obligación de los Estados de respetar el derecho a la consulta:

*"La obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, están en relación*

22 Ver: Grueso y otros, op. Cit. y Tilley, Tilley, C. A *Phenomenology of Landscape: Places, Paths and Monuments*. Oxford: Berg, 1994.

23 Padilla, Guillermo. *Consulta previa, autonomía y legislación internacional*. Oaxaca: CIESAS, 2010.

24 ONIC, 2011, op. cit.

25 CIDH. *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones).

*directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos<sup>26</sup>.*

*Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo, efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia<sup>27</sup>."*

De este modo, los Estados están obligados a incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, bien sea por medio de la vía legislativa, como se hizo en Perú, con la aprobación de la primera ley de implementación de la consulta aprobada en América Latina<sup>28</sup>, o por la vía jurisprudencial, que ha sido el mecanismo implementado en Colombia donde la Corte Constitucional ha venido abordando el análisis de casos que acuerpan ya un bagaje jurisprudencial importante en este campo. La extensión de la práctica de este derecho, al tiempo que permite visualizar las dificultades que su implementación plantea, ha comenzado a generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

La CCC, en la sentencia del 3 de marzo del 2011, ha puntualizado que el interés en el respeto a la naturaleza no es el monopolio del Estado, sino el derecho y la obligación de todos: "*La tarea de avanzar hacia un modelo de*

26 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 166, y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párrafo 47.

27 En ese sentido, el artículo 6.1 del Convenio N° 169 de la OIT dispone que "[a]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [y] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, [...] a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". Del mismo modo, el artículo 36.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas establece que "los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho". Por otro lado, el artículo 38 del mismo instrumento dispone que "[l]os Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la [...] Declaración".

28 Perú. Ley N° 29785, aprobada el 23 de agosto del 2011.

*desarrollo que garantice la vida y protección de la naturaleza es de todos y no prerrogativa de los Estados, (...) el derecho a un medio ambiente sano es a la vez un deber que involucra a toda la humanidad". Al respecto, el profesor Martín Mateo comentó que: "Sólo puede salvar a la humanidad y al planeta la sincronización de sus mutuas exigencias"<sup>29</sup>.*

En su sentencia C-169/01, la CCC afirmó: *"Ya ha dicho la Corte que el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior"*<sup>30</sup>.

La CIDH, al igual que otras del continente, en particular la CCC, cuestiona en alguna medida el modelo hegemónico de desarrollo, en su afectación a los derechos humanos: *"El riesgo al cual nos enfrentamos no es propiamente el de la destrucción del planeta, sino el de la vida como la conocemos. El planeta vivirá con esta o con otra biósfera dentro del pequeño paréntesis biológico que representa la vida humana en su existencia de millones de años, mientras que con nuestra estulticia sí se destruye la biosfera que ha permitido nacer y desarrollarse a nuestra especie, estamos condenándonos a la pérdida de nuestra calidad de vida, la de nuestros descendientes y eventualmente a la desaparición de la especie humana"*<sup>31</sup>.

Es relevante anotar que, según lo ha dicho en sentencia la CIDH<sup>32</sup>, resoluciones y sentencias de cortes superiores de justicia de países latinoamericanos, como en este caso de Colombia, constituyen una referencia de interpretación para otros países, en tanto desarrollan un marco que facilita la lectura de principios y normas.

La jurisprudencia colombiana dice que existe el deber de realizar la consulta de una medida legislativa cuando sea susceptible de generar afectación directa en pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes; y hay afectación directa cuando la ley modifique o altere el estatus de una persona o comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o, por el contrario, le confiere beneficios. La Corte señala que puede haber afectación directa cuando *"la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos, entre ellos, el derecho de decidir las prioridades en su proceso*

29 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 78.

30 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-089/94.

31 Sentencia C-339 de 2002.

32 Ver CIDH. *Tiu Tojin vs Guatemala*. Párrafo 87.

de desarrollo, de preservar su cultura y la relación especial y colectiva con el territorio”<sup>33</sup>.

#### IV. Consulta y consentimiento, retos y desarrollos

Se requiere consentimiento 1) cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales<sup>34</sup>; 2) cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios<sup>35</sup>; 3) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas<sup>36</sup>; y 4) cuando se trate de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos<sup>37</sup>. Por impactos significativos, debemos entender: cuando dichas actividades de extracción de recursos amenacen u ocasionen a) la pérdida de territorios y tierra tradicional; b) el desalojo; c) la migración; d) el posible reasentamiento; e) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; f) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; g) la desorganización social y comunitaria; h) negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración; i) el abuso y la violencia.

La CCC, en sentencia de tutela del 2011<sup>38</sup>, establece criterios aún más garantistas que contribuyen a esclarecer y determinar la prevalencia del consentimiento en el ejercicio de consulta; de esta forma, señala:

*"Subyace la necesidad de responder la pregunta relativa a si el consentimiento sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala<sup>39</sup>. Para la Sala, la respuesta es negativa. Conforme a esta providencia, toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios*

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008.

34 Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas*. New York, 2007. (artículo 10).

35 *Ibidem*, artículo 29.2.

36 CIDH, *Caso Saramaka vs Surinam*, párrafo 133.

37 Anaya, James. *Informe de su visita a Guatemala como Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU*. 2010.

38 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011.

39 La CCC alude a la Sentencia T-769 del 2009, donde se afirmaba que "... cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea...".

*indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas<sup>40</sup> (subrayados fuera del texto original)”.*

En consideración a la ampliación que la CCC ha hecho en su interpretación sobre la prevalencia del consentimiento sobre la consulta cuando se prevean afectaciones a las tierras y territorios de indígenas, un primer interrogante que surge es cómo esto podría involucrar en la práctica el poder de veto de las comunidades sobre proyectos donde consideren que las amenazas son mayores que los beneficios. La Corte explica las dos vertientes que se han venido desarrollando desde el punto de vista normativo y jurisprudencial: una es la interpretación de la consulta con poder de veto, si no hay consentimiento, la que según la Corte estaría dentro de los términos de la Convención, pero que genera varios tipos de resistencias. La otra es la consulta previa entendida sólo como información, que no estaría conforme con la Convención, pero que es la que con más frecuencia se invoca para aparentar un cumplimiento de dicho instrumento<sup>41</sup>. Conforme a lo expuesto, para la Corte, el criterio que permite conciliar estas posiciones está en directa relación con el grado de afectación a la comunidad, eventos específicos en los que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades.

En relación con la primer vertiente, es decir, la que acepta la imposibilidad de llevar a cabo la obra por rechazo de la comunidad, la CCC sugiere mirar más allá del veto y considerarlo como una experiencia de ejercicio de formación de cultura democrática: *“...la Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, (es una) oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma”*. Por ello, el proceso, en el que participe la comunidad y la contraparte bajo el monitoreo del Estado, deberá efectuarse desde *“la etapa de estudios de factibilidad o planeación y no al final, en el momento previo a la ejecución, ya que este tipo de práctica desconoce y vulnera los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no*

40 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011.

41 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 74.

en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro, incluido el de los empresarios”<sup>42</sup>.

Con la promulgación, en 2007, por parte de la ONU de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que reconoce su derecho a la libre determinación y a la autonomía, queda superado el punto que había sido cuestionado por muchos indígenas, respecto a la advertencia en el artículo 1, numeral 3, del Convenio 169 sobre que la utilización del término “pueblos” no deberá interpretarse en el sentido que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional; de acuerdo con ello, en la legislación internacional habría pueblos con derechos amplios y pueblos indígenas con derechos limitados. Con la Declaración, se logra un avance al respecto: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud a ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”* (artículo 3). Y *“los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”* (artículo 4).

La consulta, en el marco de la libre determinación de que gozan los pueblos indígenas, es un derecho, no una obligación. El Estado no puede imponer la consulta al pueblo indígena si el pueblo con el que quiere consultar manifiesta que no dará su consentimiento y que no considera procedente entrar en un procedimiento para alcanzar un acuerdo. La consulta, después de esta precisión en la Declaración, es complementaria a la autonomía, pero no la sustituye. Lo que procede, entonces, es suspender cualquier proyecto de consulta hasta que el pueblo indígena esté en condiciones de tomarlo en consideración, mediante la reconstitución y capacitación para el ejercicio de la libre determinación en términos de autonomía o libre determinación. En casos de una respuesta negativa de un pueblo indígena a una iniciativa que considera que lo lesiona gravemente, lo que se ejerce es el derecho a la libre determinación y no, como se pretende llamar, alguna forma de derecho de veto.

Afirma la CCC que el ritual de la consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que deben prestar el Estado y los concesionarios

---

42 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011. De esta sentencia, extraemos la siguiente cita: *“El antropólogo Roberto Pineda nos recuerda que la palabra ‘consulta’ puede ser una cosa u otra, dependiendo de quién lo interprete (Pineda, 2002). Puede significar tener en cuenta el punto de vista del otro, pero conservando la potestad de decidir. Pero también hay quienes creen que significa acordar, concertar y hasta otorgar o reconocer al consultado la capacidad de decidir; sin embargo, otros consideran que puede asimilarse a informar”*.

al momento de considerar los planes de “infraestructura o desarrollo”. Al promover la participación indígena, lo que se debe buscar es que en el proceso de negociación, además de escuchar e incorporar su opinión, preocupaciones y objeciones, las empresas y concesionarias busquen la manera de compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o comunidad étnica que sea directamente afectada.

La CCC, en esta sentencia, está señalando a los empresarios e inversionistas que la mejor manera de avanzar hacia un consentimiento con las comunidades afectadas es negociando con ellas, que la vieja forma de decisiones unilaterales y autoritarias es generadora de conflictos, choques, bloqueos, denuncias, interposición de recursos, amparos, etc., con lo que se incrementan considerablemente los gastos y, muchas veces, impiden, por fuera de argumentos puestos en debate, la realización de los proyectos originalmente planteados. En este proceso, la CCC recomienda la fórmula de la *“participación razonable en los beneficios derivados de cualquier explotación en sus territorios”*<sup>43</sup>.

Pero lo que está de por medio no es sólo la expectativa de la comunidad afectada de recibir algunos beneficios de tipo económico o de servicios por el desarrollo de un proyecto de explotación de recursos naturales o de otro orden, tales como carreteras, hidroeléctricas, etc., sino la posibilidad de incluir dentro del proceso del análisis global de la iniciativa, los puntos, objeciones, preocupaciones de quienes necesariamente tienen otra visión, pues lo que está en juego y se argumenta es la viabilidad de su existencia misma, la vigencia de su derecho a *“un presente y futuro de un pueblo, de un grupo humano que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural”*<sup>44</sup>.

Una de las rupturas fundamentales que el ejercicio de la consulta plantea, respecto a lo que fue usual en el pasado, es la eliminación de prejuicios sobre la supuesta superioridad de valores vinculados con la concepción hegemónica de progreso o desarrollo, usualmente asociada a grandes movimientos de capital. Una obra de infraestructura o de explotación extractiva de recursos, por cuantiosa que sea, no implica que sea jerárquicamente superior al imperativo estatal de protección de derechos culturales o formas de vida de pueblos indígenas o grupos étnicos o tribales. *“No se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite, los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y*

43 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 78.

44 Ibid, 79.

*de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser*<sup>45</sup>.

En esta sentencia, la CCC opta porque la voz indígena sea tomada seriamente en cuenta; llega a ello a partir de considerar el nivel de deterioro del planeta y el hecho que las culturas indígenas han probado suficientemente el impacto favorable que culturalmente significa poseer una imagen sacralizada y más respetuosa en su relación con la naturaleza. La Corte obliga a incorporar esta percepción entre las variables que deben ser tomadas en cuenta antes de decidir sobre la viabilidad de un proyecto. La relación humana con el medio ambiente no puede continuar siendo tan cerrilmente antropocentrista, argumenta la Corte: *"... dicho esquema de correlación es el germen de la autodestrucción; por tanto, se torna inaplazable y necesario entender que todo está holísticamente enlazado y que la protección va más allá de la mera normativa y su cumplimiento, puesto que lo que está en juego no es sólo la subsistencia de la especie humana, sino la vida como un todo"*<sup>46</sup>.

Ahora, ¿qué sucede si la oposición de la comunidad, dada la magnitud del impacto, es irrenunciable y la alternativa menos lesiva resulte ser que ésta no se lleve a cabo? Frente a este supuesto, la Corte ha destacado que *"(en caso que) resulte probado que todas (las alternativas) son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine"*<sup>47</sup>. Es decir, la aplicación de los principios legales y normas que sean más pertinentes para la protección de la dignidad humana, los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en la Constitución y tratados y convenios internacionales.

## **V. La consulta, las empresas y el papel del Estado**

La brecha entre los enunciados teóricos con la práctica se ensancha en vez de acortarse. Con mucha frecuencia, son las empresas las que toman la iniciativa, tienen el interés, los recursos y no escatiman esfuerzos para avanzar muchas veces por medio de procedimientos que no son totalmente compatibles con los marcos legales. La participación del Estado, en el contexto neoliberal actual, está disminuida frente a la fortaleza de empresas que cuentan con excelente infraestructura, medios de transporte y recursos técnicos para avanzar en sus agendas de despejar el camino para las obras en las que tienen interés.

45 *Ibíd.*, 76.

46 Para mayor información relacionada con la Constitución ecológica o ambiental pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-411/92, C-305/95, C-671/01, T-760/07, C-750/08, C-944/08, C-443/09 y T-356/10.

47 Sentencia T-129-2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 3/3/2011, 76.

Un aumento notable de consultas en los últimos años en Colombia, dado el auge en la explotación extractiva de recursos, el incremento de obras de infraestructura y la necesidad de consultar a los pueblos indígenas respecto a iniciativas legales y de políticas públicas que los afectan, comienza a fatigar a todos los sectores involucrados; para algunos funcionarios del poder ejecutivo y empresas, el problema de las consultas se resuelve con dinero; muchos líderes de las comunidades étnicas le ponen precio a su visto bueno y la consulta se pervierte; el discurso en algunas sentencias sobre la participación y el fortalecimiento de la democracia se queda en el papel mientras en la práctica se expande la consulta como un espacio de negociación donde todo o casi todo tiene un precio.

El gobierno mira para otro lado, pues, algunas veces, él mismo recurre a esta vía que es más expedita para despejar el camino para sus iniciativas que exigen este derecho; algunas empresas prefieren pagar que entrar en controversias que implican demoras que pueden resultar al final más costosas. Tampoco desde el ejecutivo se impugnan esas manifestaciones de compra-venta del consentimiento, pues esto *"podría interpretarse como sinónimo de insensibilidad frente a los miembros sufrientes de estas comunidades y también como incompreensión ante la posibilidad de obtener alguna ventaja para estas sociedades"*<sup>48</sup>.

Lo que esta actitud pasa por alto es que la función del Estado en el marco de principios constitucionales y convencionales debe tener en cuenta el valor superior de la protección y garantía de la conservación ambiental y cultural, en el marco de la promoción y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho. El reto para evitar la "consultitis", entendiendo esto como una invocación excesiva de consultas que termina fatigando a las comunidades étnicas, plantea la necesidad de desarrollar mecanismos ágiles, prácticos y representativos que, sin menoscabar el derecho superior de los pueblos a su participación, permita evitar que este derecho se convierta en un obstáculo que retrasa o impide obras y se desarrolle como un mecanismo para que los proyectos e iniciativas se den en condiciones menos traumáticas y sus efectos negativos se disminuyan y se amplifiquen los beneficios a partir de un ejercicio que fortalece la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

La CIDH estableció<sup>49</sup> que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la

---

48 Sánchez, Esther. "La consulta previa en la práctica". Razón Pública, Semanario virtual, Colombia. Julio del 2012.

49 CIDH. *Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. (Fondo y reparaciones).

subsistencia del pueblo indígena como tal, los Estados deben cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.

Es necesario enfatizar que, de acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencial nacional e internacional, la obligación de consultar es responsabilidad del Estado y no de empresas o particulares, menos aún en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. Sobre este particular, la CIDH, en relación con el caso del pueblo sarayaku, ha dicho:

*“La Corte ha dado por probado que la compañía petrolera pretendió relacionarse directamente con algunos miembros del pueblo sarayaku, sin respetar la forma de organización política del mismo. Además, es un hecho reconocido por el Estado que no fue éste el que llevó a cabo esa ‘búsqueda de entendimiento’, sino la propia compañía petrolera. Así, de la posición sostenida por el Estado ante este Tribunal, se desprende que aquél pretendió delegar de facto su obligación de realizar el proceso de consulta previa en la misma empresa privada que estaba interesada en explotar el petróleo que existiría en el subsuelo del territorio sarayaku<sup>50</sup>. Por lo señalado, el Tribunal considera que estos actos realizados por la compañía CGC no pueden ser entendidos como una consulta adecuada y accesible”<sup>51</sup>.*

La razón fundamental porque es al Estado al que corresponde generar y supervisar la consulta, se debe a que -como quedó dicho- este derecho es a la vez un medio para garantizar la vigencia de otros derechos. El artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprendan de

50 *Supra* párrafo 199.

51 CIDH. *Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. (Fondo y reparaciones).

ellos<sup>52</sup>. Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas<sup>53</sup>.

Algunas veces puede ocurrir que, ante la ausencia de la acción del Estado, como sucedió en el caso al que hemos dado seguimiento en México<sup>54</sup>, ante el imperativo que la empresa tenía de avanzar en su iniciativa, ésta adelantó trámites, hizo convenios y comenzó la obra sin ningún tipo de consulta. Cuando las comunidades afectadas, constituidas en un 50% por indígenas, alegaron la ausencia de una consulta, las obras fueron suspendidas, luego de haber invertido varios millones de dólares y continúan paralizadas con graves perjuicios económicos para la empresa. Los empresarios entrevistados alegaban, con razón, que ellos habían cumplido con todos los requisitos que las instituciones les exigían, que ellos no sabían que las comunidades involucradas fueran indígenas y que jamás habían oído hablar del derecho a la consulta previa. La enseñanza de esta experiencia, donde seguramente el Estado terminará siendo demandado por la empresa por daños y perjuicios, ilustra la situación traumática que se genera ante la omisión de la acción del Estado, que debería haber establecido con claridad desde un comienzo el procedimiento que la empresa debería haber seguido para avanzar en su inversión sobre bases claras y firmes. El Estado ha sido severamente censurado por las comunidades, por la empresa y por los inversionistas extranjeros por su falencia al establecer procedimientos que despejen con claridad las reglas que deben seguirse frente a este tipo de iniciativas.

En una reciente reunión con el Comité de Medio Ambiente de AmCham, Colombia<sup>55</sup>, con el fin de socializar los retos de la consulta previa a pueblos indígenas y étnicos para licenciamientos ambientales de proyectos, empresarios señalaron como aspectos problemáticos para las empresas la

52 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*, párrafo 148, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrafo 85. Además, Comisión Interamericana, *Informe de seguimiento – Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párrafo 156.

53 Cfr. *Caso Comunidad indígena sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párrafo 120 y *Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párrafo 87.

54 Caso Cerro de Oro en el municipio de Tuxtepec, Oaxaca, de conversión de un embalse en hidroeléctrica por parte de una empresa mexicana financiada con capital del gobierno de los EEUU. Proyecto de investigación que el autor del texto adelanta en el Estado de Oaxaca, México.

55 Press Releases: “Desafíos empresariales frente a la consulta previa”. Octubre 2 de 2012.

falta de información de las comunidades consultadas, así como la divergencia entre visiones de desarrollo y la ambigüedad metodológica del proceso. Hay marcada divergencia entre el concepto de desarrollo de estos pueblos y el de empresarios, gobierno y sociedad, en donde entran en fricción los intereses de protección de recursos y territorio y la explotación y aprovechamiento de los mismos en diversas actividades económicas.

Además, la ambigüedad del procedimiento para la realización de la consulta representa problemas adicionales en el proceso, ya que da lugar a malas prácticas por parte de las empresas y al desconocimiento del derecho y deber constitucional de las comunidades implicadas. Los asistentes destacaron que, a pesar de que existen unos mínimos establecidos por la Corte Constitucional en distintas sentencias, éstos solamente dan luces sobre las características de la consulta previa (buena fe, informada, legítima, representativa) y no llegan a establecer derroteros oficiales. Esto fue lo que, de acuerdo con la experiencia de expertos y empresarios reunidos por cuenta del Comité de Medio Ambiente de la Cámara de Comercio Colombo Americana -AmCham Colombia, tendría que ser resuelto por el Estado en coordinación con las comunidades étnicas para que la consulta pueda ser más expedita.

El tema de las reparaciones es de gran importancia; la experiencia del pueblo emberá-katío del Alto Sinú, que fue afectado por la construcción de la represa de Urra en el departamento de Córdoba en el Nor-Occidente de Colombia, es ejemplarizante: este pueblo, que era cazador y recolector y que vivía en la selva que fue inundada, fue movido de su territorio tradicional; esto tuvo un impacto devastador en su forma de vida.

La CCC, seguramente con la mejor intención, después de evaluar los perjuicios que este pueblo había recibido, emitió una sentencia donde ordenaba que la empresa indemnizara al pueblo con un subsidio alimentario y de transporte, que *“pagara la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los próximos 15 años, a fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecua sus usos y costumbres a las modificaciones culturales, económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que los emberá fueran consultados, y mientras puedan educar a la siguiente generación para asegurar que no desaparecerá esta cultura en el mediano plazo”*<sup>56</sup>.

El resultado de este pago -que las cabezas de hogar reciben mensualmente- ha tenido un efecto aun más destructor que la construcción de la presa. El pueblo ha disminuido considerablemente su trabajo para resolver sus

---

56 Sentencia T-652. Urra, noviembre 10 de 1998.

necesidades básicas, pues prefieren esperar el cheque. En los viajes a la cabecera municipal, que se han incrementado, muchos de los indígenas gastan parte de su pago en alcohol y otros con graves efectos para su salud y la de sus familias.

El panorama desde los inversionistas no resulta más positivo; muchas empresas que no aceptan la existencia de territorios que estén vedados a sus pretensiones comerciales optan por ignorar al Estado y adelantan por su cuenta lo que para ellas sería equivalente a consultas previas. En esta dinámica, es frecuente escuchar invocaciones al interés general o al interés nacional, frente a las reivindicaciones de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas, que son definidas como de interés particular, descalificando sus pretensiones como expresiones de radicalidad política. No es raro que en muchos casos utilicen procedimientos corruptos para comprar voluntades tanto de funcionarios públicos como de líderes de las comunidades étnicas.

El Estado no puede dejar en manos de la ilusoria igualdad que pueda darse en una negociación “privada” entre empresas y pueblos indígenas un derecho tan importante y complejo como es el derecho a la consulta; ésta es fundamental función que corresponde inequívocamente al Estado en el contexto de sus obligaciones contempladas en el bloque de constitucionalidad, es decir, lo que establece la Constitución Política y los tratados y convenios internacionales.

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, el uso y el goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y el uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Es preciso proteger esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados<sup>57</sup>.

---

57 Cfr. *Caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos. 124, 135 y 137, y *Caso comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, párrafos. 118 y 121.

La Corte Interamericana, a su vez, ha destacado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”<sup>58</sup>.

En relación con el papel de los jueces frente al proceso de implementación de los tratados y convenios internacionales, de cuya fuente deviene el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, cabe mencionar que la CIDH ha establecido que los jueces y tribunales del poder judicial en los países signatarios, además de estar sujetos al imperio de orden jurídico interno, están obligados a tomar en cuenta todas las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, de manera que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana o el Convenio 169 de la OIT, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención o el instrumento respectivo no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y los instrumentos internacionales, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

La Corte Interamericana ha señalado, asimismo, que “*para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*”<sup>59</sup>. La Corte ha reconocido igualmente en estas

58 CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 146. Para la Corte Interamericana, “*la propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural*” [CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 146]. Los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado; al afectar el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se pueden afectar otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural, o la supervivencia de las comunidades indígenas y sus miembros [CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafos 146, 147]. La CIDH ha explicado en esta línea que el territorio ancestral reclamado por comunidades indígenas “*es el único lugar donde tendrán plena libertad porque es la tierra que les pertenece*” [CIDH. “*Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay*”. Referidos en: CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 120(g)].

59 CIDH. *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrafo 149. CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafo 124, 131. CIDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párrafo 85.

sentencias citadas que, *“al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. La tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”*. Los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar la supervivencia social, cultural y económica. Asimismo, se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, las costumbres, las lenguas, las artes, los rituales, los conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que *“[e]n función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”*<sup>60</sup>.

## VI. Conclusión

Recapitulando algunos de los elementos esenciales del derecho a la consulta y tomando en cuenta la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución de los pronunciamientos de la CCC, observamos el siguiente orden en cuanto al tema de principios:

- a) el carácter previo de la consulta;
- b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo;
- c) la consulta adecuada y accesible;
- d) el estudio de impacto ambiental, y
- e) la consulta informada<sup>61</sup>.

Conforme a la Directiva Presidencial 01 de 2010, los siguientes mecanismos deben ser utilizados en los procesos de consulta previa:

- a) El proceso de consulta previa siempre deberá cumplir las siguientes fases: i) preconsulta, ii) apertura del proceso, iii) talleres de identificación de impactos y definición de medidas de manejo, iv) pre-Acuerdos, v) reunión de protocolización, vi) sistematización y seguimiento al cumplimiento de acuerdos, vii) cierre del proceso de consulta previa. Estas fases se entenderán como un protocolo sugerido por el Grupo de Consulta Previa y su aplicación estará supeditada a los acuerdos establecidos por la comunidad en consulta y el interesado.

60 CIDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.

61 Ob cit. párrafo 55.

- b) El Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, con el apoyo de la Dirección de Acceso a la Justicia del mismo, velará por el cumplimiento de las fases señaladas bajo la prerrogativa de la protección de los derechos fundamentales.
- c) En los eventos que sea necesario, se expedirán resoluciones o actos administrativos, con el objeto de conminar el cumplimiento de todos los acuerdos previstos en los procesos de consulta previa<sup>62</sup>.

La consulta debe ser previamente informada, según fue señalado, en el sentido que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado ordene, acepte y brinde información, así como una comunicación constante entre las partes.

El artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”. Los estudios de impacto ambiental sirven, entonces, “... para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad”, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, “con conocimiento y de forma voluntaria”<sup>63</sup>.

La CIDH ha establecido que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, respetar las tradiciones y la cultura de los pueblos indígenas y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los

62 Documento de Trabajo Interno DNP\_DDTS-SODT. Dirección de Desarrollo Territorial. Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial.

63 *Caso Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas y Gastos.

estudios de impacto ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones y dar cumplimiento de esta forma al principio de la buena fe. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.

El Comité de Expertos de la OIT ha establecido, al examinar una reclamación en que se alegaba el incumplimiento por Colombia del Convenio 169 de la OIT, que el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso<sup>64</sup>. Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas<sup>65</sup>.

La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son las afectadas.

La CCC estableció que es "*necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para éste del territorio y sus recursos*"<sup>66</sup>, al igual que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala<sup>67</sup>. Además, la misma Corte señaló que la realización de la consulta

64 Cfr. Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999). Asimismo, OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). *Observación individual sobre el Convenio Nº 169 de la OIT*. Argentina, 2005, párrafo 8. Asimismo, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrafo 18 y 19.

65 Cfr. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrafo 20.

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, 8.1.iv.

67 21 de diciembre de 2009, Apelación de sentencia de Amparo, Expte. 3878-2007, IV, V.

de buena fe *“implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados”*<sup>68</sup>.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú señaló que *“el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta [...] [y que] [c]on él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta”*<sup>69</sup>. La Corte Constitucional del Ecuador señaló que los *“parámetros específicos desarrollados por la OIT que deberían tomarse en cuenta son: [...] e. La obligación de actuar de buena fe por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero ‘mecanismo de participación’, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes, [y] f. El deber de difusión pública del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes”*<sup>70</sup>.

La CCC remarca el carácter previo del mecanismo de consulta en el Convenio 169, cuya importancia *“radica particularmente no sólo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minoría (...) pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad”*<sup>71</sup>.

68 Sentencia C-461/08, 6.3.4.

69 Expte. No. 0022-2009-PI/TC, párrafo 27.

70 Sentencia No 001-10-SIN-CC, Casos No 0008-09-IN Y 0011-09-IN, Sentencia de 18 de marzo del 2010, 53.

71 La Corte Constitucional de Colombia advirtió en la Sentencia T-737 de 2005.

## Bibliografía

Anaya, James. "Los derechos de los pueblos indígenas". En Berraondo, Mikel (coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto (instituto de Derechos Humanos), 2006.

\_\_\_\_\_. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. 5 de octubre de 2009.

\_\_\_\_\_. *Informe de su visita a Guatemala como Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU*. 2010.

Bastos, Santiago y Manuela Camus. *Entre el Mecapal y el Cielo*. Guatemala; FLACSO, 2003.

Bastos, Santiago y Aura Cumes (coord.) "La ideología multicultural en la sociedad guatemalteca". En: *Mayanización y vida cotidiana. La ideología multicultural en la sociedad guatemalteca*. Volumen 1: Introducción y análisis generales. Guatemala: FLACSO Guatemala/CIRMA/Cholsamaj, 2007.

Batz, Giovanni. *Informe de avances de la investigación de campo en la región ixil, Guatemala*. Austin, TX., 2012.

Bourdieu, P. *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama, 1991.

\_\_\_\_\_. *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.

\_\_\_\_\_. *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 2000.

Bourgois, P. *The Continuum of Violence in War and Peace*. Posto-Cold, 2001.

Bourgois y Sheper-Hughes (eds.) *Violence in War and Peace: An Anthology*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

Clastres, Pierre. *La sociedad contra el Estado*. Barcelona: Virus editorial: 1974.

Clavero, Bartolomé. *La consulta en serio*. 2011. <http://clavero.derecosindigenas.org/wp-content/uploads/2012/04>. Bolivia

Colom, Yolanda. *"Mujeres en la alborada: Guerrilla y participación femenina en Guatemala"*. Guatemala: Editorial El Pensativo, 1998.

Comisión de Esclarecimiento Histórico. *Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) Memoria del Silencio*. Guatemala, 1999. Website mantenido por el programa de ciencia y derechos humanos de la Asociación Americana del Avance de la Ciencia.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Informe No. 40/04, *Caso 12.053, Comunidades indígenas mayas del distrito de Toledo* (Belice), 2004.

\_\_\_\_\_*Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 2001.

\_\_\_\_\_*Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2000.

Congreso Nacional del Perú. *Ley N° 29785*. Lima, septiembre del 2011,

Correa, L. "Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho". *Opinión Jurídica*, No 14, 149-162, 149. 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Tiu Tojin vs Guatemala*. 2000

\_\_\_\_\_*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 79, párr. 149. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

\_\_\_\_\_*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No 1251.

\_\_\_\_\_*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*.

\_\_\_\_\_*Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*.

\_\_\_\_\_*Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

\_\_\_\_\_*Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124,

\_\_\_\_\_*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

\_\_\_\_\_ *Caso La Cantuta vs. Perú.*

*Caso Radilla Pacheco Vs. México.*

Corte Constitucional de Colombia. Varias sentencias en diferentes fechas.

Dagnino, Evelina. "Sociedad civil, participación y ciudadanía: ¿de qué estamos hablando?". En: Isunza Vera, Ernesto y Alberto Olvera. *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil. Participación ciudadana y control social.* México: Miguel Ángel Porrúa, 2006.

David, Ricardo. *Principios de economía política y tributación.* Barcelona: Gedisa, 1972.

Das y Kleinman. "Introducción". En: Das et al. (eds.) *Violence and Subjectivity.* Berkeley: University of California Press, 2000.

Departamento Nacional de Planeación de Colombia. Dirección de Desarrollo Territorial Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial. *Documento de Trabajo Interno DNP\_DDTTS-SODT.* Bogotá, 2010.

Díaz Cruz, Julio Antonio. "Hacia una geografía jurídica en América Latina: sobre la dimensión mítica de las relaciones derecho-territorio". *Revista Geográfica de América Central.* Número Especial EGAL, 2011- Costa Rica II Semestre, 2011.

Díaz y Díaz, Martín. *El régimen jurídico ambiental del subsuelo en México.* México: UNAM, Senado de la República, LVI legislatura, 1997.

Diderot, D. *Pensamientos filosóficos: el combate por la libertad.* Madrid: Proteus Libros, 2012.

Dussel, Enrique. *1492: El encubrimiento del otro. El origen del mito de la modernidad.*

Conferencias de Frankfurt 1992. Bogotá: Anthropos, 1992.

Escalante, Fernando. *La política del terror: apuntes para una teoría del terrorismo,* México: Fondo de Cultura Económica, 2009.

Escalón, Sebastián. "Plaza Pública, periodismo de profundidad". Página Web. 29 de junio, 2012.

Escobar, Arturo. *El final del salvaje*. Bogotá: CEREC-ICANH, 1999.

\_\_\_\_\_. *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y diferencia*. Bogotá: ICANH y Universidad del Cauca, 2005.

\_\_\_\_\_. *Los límites del Estado: Territorio, autonomía y organización en el espacio de la Ley 70*. San Francisco: XXIII Congreso de LASA, 2012.

Esteva, Gustavo. "La insurrección en curso". Conferencia. México: Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM, 2010.

Evans-Pritchard, E. *Los Nuer*. México: Miguel Ángel Porrúa, 1940.

Feixa, C. y Fernández, F. (eds.). *Violencia y culturas*. Barcelona: FAAEE-ICA, 2002.

Ferguson, James y Gupta, Akhil. *Espacializar los Estados: hacia una etnografía de la gubernamentalidad neoliberal*. University of California, Irvine. Stanford University. pdf.

Foucault, Michael. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, Segunda edición corregida, 1991.

\_\_\_\_\_. "Gubernamentalidad". En: *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: FCE, 2006.

Freire, Paulo. *Pedagogy of the Oppressed*. New York: Herder and Herder, 1970.

Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencias. Herejías constitucionales*. Colombia: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Guattari. *Mil Mezetes. Capitalismo y esquizofrenia*. Madrid: Gedisa, 2000.

Grueso, Libia; Carlos Rosero y Arturo Escobar. "The social movement of black communities in the southern pacific coast of Colombia". En: Sonia Álvarez, Evelina Dagnino y Arturo Escobar (eds). *Culture of Politics and Politics of Culture: Revisioning Latin America Social Movements*. Boulder; Westview Press, 1998.

Gupta, Akhil. "Beyond Culture: Space, Identity and the Politics of Difference". *Cultural Anthropology*. 7(1), 1992.

- Guha, Ranajit (ed.). *Subaltern Studies III: Writings on South Asian History and Society*. New Delhi: Oxford University Press, 1984.
- Harvey, David. *The New Imperialism*. Nueva York: Oxford University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La condición de la posmodernidad*. Capítulo III. La experiencia del espacio y tiempo. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.
- \_\_\_\_\_. *The Crises of Capitalism Lecture given at the RSA*. Londres, 2010.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, [1651] 2008.
- Isunza Vera, Ernesto y Alberto Olvera. *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil. Participación ciudadana y control social*. México: Miguel Ángel Porrúa, 2006.
- Illich, Iván. *El género vernáculo*. Madrid: Porrúa, 1982.
- Marx, Karl. *El Capital*. T.1, Vol. 3. México: Siglo XXI, 2002.
- Mignolo, Walter D. *The Darker Side of the Renaissance. Literacy, Territoriality and Colonialism*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1995.
- Mitchell, Timothy. "The Limits of the State: Beyond Statist Approaches and their Critics". *American Political Science Review*, vol. 85, num.1, 1991,
- Mohanty, Chandra. "Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses". En: Chandra Mohanty, Ann Russo y Lourdes Torres (eds,). *Third World Women and Politics of Feminism*. Indiana University Press, Broomington, 1991 y 1986.
- Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas*. New York, 2007.
- Nash, Claudio. *Protección de los derechos humanos indígenas: Tendencias internacionales y realidad de los pueblos indígenas del Norte de Chile*. Iquique: Universidad Arturo Prat, 2003.
- Ong, Aihwa. *Neoliberalism as exception: mutations in citizenship and sovereignty*. Duke University Press, 2006.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio 169*. Ginebra, Suiza. 1989.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). *Observación individual sobre el Convenio N° 169 de la OIT*. Argentina, 2005.

Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). "Violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario perpetradas en contra de los pueblos indígenas en Colombia". Publicaciones. Boletín. Enero-octubre, 2011.

Padilla, Guillermo. *Consulta previa, autonomía y legislación internacional*. Oaxaca: CIESAS, 2010.

\_\_\_\_\_. "El principio de legalidad y el debido proceso en contextos de interculturalidad". En: *Manual para jueces y funcionarios judiciales sobre pluralismo jurídico*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

Petite Eugéne. *Tratado elemental de Derecho Romano*. México, D. F.: Edinal Impresora, S. A., 1975.

Poole, Deborah. "Los usos de las costumbres. Hacia una antropología jurídica del Estado Neoliberal". Revista *Alteridades*, No. 31. *La justicia en tiempos de globalización*. México: 2006.

Poole y Das. *Anthropology in the Margins of the State*. New Delhi: Oxford University Press, 2004.

Press Releases: "Desafíos empresariales frente a la consulta previa". Octubre 2 de 2012. Bogotá, 2012.

Quijano, Aníbal. "Coloniality of Power, Ethnocentrism, and Latin America". *Nepantla* 1(3): 533-580, 2000.

Quijano, Aníbal e Immanuel Wallerstein. "Americanness as a Concept, or the Americas in the Modern World-System". *International Social Science Journal*. (134): 459-559, 1992.

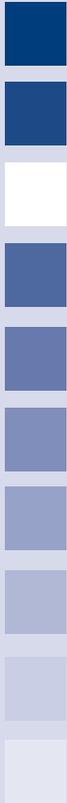
Ratzel, Friedrich. "El territorio, la sociedad y el Estado". En: *El pensamiento geográfico*. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1982.

*Recuperación de la Memoria Histórica*. Guatemala. 1999.

- Roberts, Tobías. *Hidroeléctricas en Guatemala y violación de DDHH*. Rebelion.org. 2011.
- Rodríguez Garavito y Meghan Morris (dirs). *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2010.
- Rojas, Farit. Correspondencia privada. 2012.
- Rosaldo. *Cultura y verdad*. México: Grijalbo, 2000.
- Sánchez, Esther. "La consulta previa en la práctica". *Razón Pública*, Semanario virtual, Colombia. Julio del 2012.
- Santos, Boaventura de Sousa y Mauricio García Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Colombia: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2004.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad ILLS,.2010.
- \_\_\_\_\_ *La difícil construcción de la plurinacionalidad*. Quito: SENPLADES, 2010.
- Sierra, Teresa. "Interlegalidad, justicia y derechos en la Sierra Norte de Puebla". En: *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*. México: CIESAS, Miguel Ángel Porrúa, 2004.
- Sieder, Rachel (ed.). *Multiculturalism in Latin America. Indigenous Rights, Diversity and Democracy*. London: Institute Studies, 2002.
- Slack, Keith. "Derechos Humanos e industrias extractivas en América Latina". En: *Empresas y Derechos Humanos*. Revista Aportes N. 15, Año 4, septiembre de 2011. DPFL
- Spurlin, Paul M. *Montesquieu in America, 1760-1801*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1941; reprint: New York: Octagon Books, 1961.
- Stavenhagen, Rodolfo. "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo". México: UNAM, 2003.

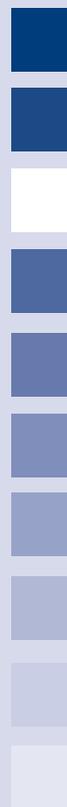
Tilley, C. *A Phenomenology of Landscape: Places, Paths and Monuments*.  
Oxford: Berg, 1994.

*War Lessons from El Salvador*. *Ethnography*, vol 2, num. 1, 5-34.



# **GUATEMALA: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

*M. Guisela Mayén*





### M. Guisela Mayén

#### Resumen

No obstante que el Estado guatemalteco ha firmado los convenios internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas, omite realizar la consulta previa en territorios indígenas donde se desarrollan proyectos extractivos. Ante la omisión, las comunidades indígenas que habitan en dichos territorios, desde 2004, han realizado “consultas comunitarias”, cuyos resultados son el rechazo a dichos proyectos. La Corte de Constitucionalidad ha dictaminado que, aunque las consultas son legítimas, sus resultados no son vinculantes. Se presentan tres puntos de vista frente a la consulta previa: el de pueblos indígenas, el del Estado y el de empresas explotadoras. Se ilustran con el caso de la Mina Marlin, ubicada en San Marcos, y con los hechos que se suscitaron en torno al proyecto extractivo de Cementos Progreso, ubicado en San Juan Sacatepéquez. También se propone un procedimiento para realizar un diálogo efectivo y consultar; al final, se identifican desafíos del Estado y las empresas.

#### I. Antecedentes

En Guatemala, aún está pendiente el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en especial el derecho a la consulta respecto a las decisiones y acciones gubernamentales que les afecten, no obstante que el Estado ha signado diversos instrumentos internacionales que tutelan tales derechos y la existencia de normativa interna que se refiere a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas.

Tanto el Convenio 169 de OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen un conjunto de deberes relativos a la consulta a los pueblos indígenas. En virtud de tales instrumentos, el Estado guatemalteco tiene la obligación de consultar toda medida legislativa o administrativa que afecte directamente sus derechos sobre los territorios que ocupan, incluyendo todo proyecto de desarrollo, inversión en infraestructura y exploración o explotación de los recursos naturales en dichos territorios (artículos 6, 15.2 del Convenio 169 y 32.2 de la Declaración).

La legislación nacional que se refiere a la consulta y a la participación está integrada principalmente por dos cuerpos legales: el Código Municipal (artículos 63, 64, 65 y 66)<sup>1</sup>, que regula la consulta a vecinos, y la Ley de

<sup>1</sup> Guatemala: *Código Municipal. Decreto 12-2002* (Guatemala, 2002).

Consejos de Desarrollo Urbano y Rural<sup>2</sup>, que establece la creación de una ley que regule la consulta a los pueblos indígenas y estipula, como medida transitoria, que la consulta se debe realizar a través de los representantes indígenas en los consejos de desarrollo, en lo que se refiere a proyectos de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo, y que les afecten.

Asimismo, el Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental<sup>3</sup> (artículos 33, 50, 51, 52 y 53) determina que, previa la aprobación de los estudios de impacto social y ambiental requeridos por la Ley de Minería, antes de otorgar licencias de explotación minera, *“el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y el proponente informarán al público que se ha presentado el instrumento de evaluación de impacto ambiental, con el objeto de recibir observaciones o incluso la manifestación de oposición, la cual deberá ser fundamentada”*. El mismo reglamento se refiere a esto como actividades de consulta, y señala que *“el proponente deberá consignar todas las actividades realizadas para involucrar y/o consultar a la población durante la elaboración del o los instrumentos de evaluación o diagnóstico ambiental y proponer los mecanismos de comunicación y consulta que deberán desarrollarse durante la etapa de revisión del documento”*; y prevé que la forma de participación de la comunidad será por medio de *“entrevistas, encuestas, talleres, asambleas y/o reuniones de trabajo”*. Las disposiciones en el reglamento citado no solamente no se ajustan a las normas internacionales previstas en el Art. 6 del Convenio 169 de OIT, puesto que no contemplan aspectos culturales tales como *“procedimientos apropiados y en particular a través de de sus instituciones”*, sino que tampoco se respetan en la práctica.

Por otra parte, el CEDR recomendó a Guatemala que:

- a. Instaure mecanismos adecuados de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT.*
- b. Reforme el marco legal que rige la explotación de recursos naturales de manera que se establezcan mecanismos de consulta previa con las poblaciones afectadas sobre el impacto de dichas explotaciones sobre sus comunidades<sup>4</sup>.*

2 Guatemala. *Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural Decreto 11-2002* (Guatemala, 2002).

3 Guatemala. *Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental* (Guatemala, 2003).

4 Naciones Unidas. CERD/C/GTM/CO/12-13 (Ginebra: 2010), párrafo 11.

A pesar de lo estipulado por la normativa interna mencionada así como lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y demás instrumentos internacionales signados por el Estado, en Guatemala no se ha emitido una ley de consulta que regule tales procesos.

La omisión de la consulta previa, por parte del Estado guatemalteco, en las comunidades donde se llevan a cabo proyectos de exploración y explotaciones mineras o hidroeléctricas ha generado diversos sucesos de conflictividad, principalmente en los últimos ocho años. *“Según datos oficiales, de 1997 a 2011, el Ministerio de Energía y Minas otorgó un total de 398 licencias para la exploración y explotación de minería metálica y no metálica, la mayoría ubicadas en departamentos de población mayoritariamente indígena”*<sup>5</sup>.

Como reacción a dicha omisión, en las comunidades indígenas donde se llevan a cabo proyectos de exploración o explotación minera, se han realizado consultas promovidas por los propios pobladores, los alcaldes municipales e, incluso, algunas empresas han informado a las comunidades, en el marco del reglamento antes citado; a este tipo de consultas se las ha denominado “consultas comunitarias”.

En torno a las consultas comunitarias, ha habido mucha controversia; mientras que los pueblos indígenas y organizaciones de la sociedad civil afirman que las consultas comunitarias, principalmente las convocadas por las alcaldías municipales, son vinculantes, puesto que la Constitución de la República y el Código Municipal le confieren al Concejo Municipal funciones para organizar consultas de buena fe, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca afirmó que la consulta realizada por la comunidad del municipio de Sipacapaca no es vinculante. Dicha Corte declaró inconstitucional<sup>6</sup> el artículo 27 del reglamento municipal, emitido para realizar la consulta mencionada y que definía la obligatoriedad del resultado<sup>7</sup> de ésta. La Corte de Constitucionalidad aduce que la municipalidad no es entidad competente para realizar consultas en tema de minería. No obstante, en el mismo fallo,

5 Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central* (Panamá, OACNUDH), 2011.

6 *“(...) esta Corte encuentra inconstitucional el artículo 27 del Reglamento de la Consulta de Buena Fe, (...) ya que el Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos, extendió sus atribuciones a funciones que, de conformidad con la Carta Magna y las leyes ordinarias del país, no le corresponden, pues dio carácter obligatorio al resultado de un procedimiento consultivo sobre el tema de la minería, el cual no es de su competencia y sobre el que no puede regular aspecto alguno”*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Considerando V. Sentencia emitida en Expediente 1179-2005.

7 Artículo 27. Interpretación de resultados: *“Los resultados de la Consulta de Buena Fe es una decisión soberana de la voluntad de la población indígena y no indígena, mayores de 18 años vecindados en el municipio de Sipacapa, San Marcos, la cual será de observancia general y obligatoria en el territorio del municipio de Sipacapa”*. Acta cero nueve - dos mil cinco (09-2005), del libro de actas del Concejo Municipal de Sipacapa, departamento de San Marcos.

señala que, conforme el Convenio 169 de la OIT, es incuestionable el derecho de los pueblos interesados a ser consultados y, por ende, que la consulta realizada al pueblo de Sipacapa es legítima.

En este contexto de opiniones encontradas, es donde, también, se afirma que la consulta tiene limitaciones porque no se constituye en poder de veto. En otras palabras, si no se arriba a acuerdos o no se obtiene el consentimiento debido, las comunidades indígenas no tienen ningún mecanismo para evitar que se desarrolle un proyecto o medidas legislativas que les afectan. Por lo tanto, en situaciones adversas que vulneran los derechos de los pueblos indígenas, al no haber poder de veto, queda como única vía acudir a los tribunales, tal como el estado de derecho lo manda, circunstancia que raramente es accesible a las comunidades afectadas.

En Guatemala, igual que en otros países de América, el tema de la consulta constituye el núcleo del conflicto en torno a la explotación minera, principalmente en las áreas ocupadas por comunidades indígenas. Desde 2004 a la fecha, se han realizado consultas comunitarias en distintos municipios del país y en su mayoría son no sólo una expresión de rechazo a la exploración y explotación minera y otros proyectos tales como hidroeléctricas, sino constituyen un reclamo al gobierno guatemalteco por la falta de cumplimiento a su responsabilidad de consultar a los pueblos indígenas.

Por lo tanto, se considera pertinente abordar el tema del derecho de la consulta en el marco de los conflictos entre los pueblos indígenas y el Estado, generados por las empresas nacionales y transnacionales<sup>8</sup> que explotan recursos naturales en diversos departamentos del país. Entre estos conflictos, el que se ha desarrollado alrededor de la mina Marlin y el de la cementera ubicada en el Municipio de San Juan Sacatepéquez, constituyen casos emblemáticos en Guatemala, debido a la diversidad y gravedad de los hechos que se han suscitado. Incluso, el caso de la Marlin fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que, en relación

---

8 Cuatro transnacionales mineras operan en Guatemala, registradas bajo distintos nombres. Tres son empresas canadienses: Goldcorp (con domicilio en Vancouver) opera 17 concesiones de exploración y una concesión de explotación en San Marcos y 15 en Huehuetenango, a través de sus subsidiarias propiedad de Montana Exploradora de Guatemala y Entre Mares de Guatemala; Nichromet Extractions (con domicilio en Montreal), representada por su subsidiaria Nichromet Guatemala, tiene ocho concesiones de exploración en Izabal y Alta Verapaz; y HudBa y Minerals (con domicilio en Toronto), que, a través de su subsidiaria Compañía Guatemalteca de Níquel opera dos concesiones de exploración y una concesión de explotación en Izabal. La cuarta compañía es australiana: BHP/Billiton (con domicilio en Melbourne) opera 18 concesiones de exploración en Izabal y Alta Verapaz, a través de sus subsidiarias Maya Níquel y Jaguar Níquel. [O. Rosal. *Licencias para minerales metálicos vigentes a la fecha*, citado en: Jordis van den Sandt. *Conflictos mineros y pueblos indígenas en Guatemala*. La Haya, 2009, 7].

con el caso de San Juan Sacatepéquez, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, ha formulado recomendaciones específicas al gobierno guatemalteco, relativas a violaciones de los derechos humanos de los pobladores.

## II. El punto de vista indígena sobre la consulta previa

Los pueblos indígenas reivindican que la consulta comunitaria “es una práctica milenaria desarrollada de generación en generación plasmada en los libros sagrados para tratar asuntos comunitarios (...), por lo que no debe verse como hecho aislado, sino comprenderse dentro de este contexto”<sup>9</sup>. En tal sentido, también puede afirmarse que forma parte de su organización social y sistema jurídico propio. De hecho, es norma de cumplimiento general que las autoridades tomen decisiones únicamente después de consultar a la asamblea comunitaria y obtener el consentimiento de ésta. Por lo tanto, lo que procedería, en el marco de lo establecido en el Convenio 169 de OIT, sería apearse a la tradición comunitaria.

Entre 2004 y 2012, se han realizado 67 consultas comunitarias, todas en municipios de departamentos cuya población es indígena. La primera de éstas se realizó en Tonicapán y luego se llevó a cabo una en Zacapa; a partir de éstas, las realizadas en el resto del país fueron: una en Izabal, una en Retalhuleu, dos en Alta Verapaz, dos en Guatemala, tres en Santa Rosa, cinco en Quiché, siete en Quetzaltenango, 15 en San Marcos y la mayoría (29) en el departamento de Huehuetenango, donde se llevan a cabo proyectos de minería (Tabla 1).

**Tabla 1. Consultas comunitarias realizadas de 2004 a 2012**

Nº	Departamento	Municipio	Tipo de proyecto	Fecha
1	Tonicapán	Momostenango	Minería	20 /4/2004
2	San Marcos	Comitancillo	Minería	14/4/2005
3	San Marcos	Sipacapa	Minería	18/5/2005
4	Zacapa	Río Hondo	Hidroeléctrica	3/7/2005
5	Alta Verapaz	Cobán	Hidroeléctrica	20/6/2006
6	Huehuetenango	Colotenango	Minería	25/7/2006
7	Huehuetenango	Concepción Huista	Minería	25/7/2006

<sup>9</sup> CSA, TUCA, CPO, MSICG, CSI. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Guatemala: la ruptura entre el discurso y la práctica*. Guatemala, 2010. 50.

<b>N°</b>	<b>Departamento</b>	<b>Municipio</b>	<b>Tipo de proyecto</b>	<b>Fecha</b>
8	Huehuetenango	San Juan Atitán	Minería	25/7/2006
9	Huehuetenango	Todos Santos Cuchumatán	Minería	25/7/2006
10	Huehuetenango	Santiago Chimaltenango	Minería	25/7/2006
11	Huehuetenango	Santa Eulalia	Minería	29/8/2006
12	San Marcos	Tajumulco	Minería	27/11/2006
13	San Marcos	Concepción Tutuapa	Minería	13/2/2007
14	Huehuetenango	San Pedro Necta	Minería	30/3/2007
15	Quiché	Ixcán	Hidroeléctrica Explotación petrolera	30/4/2007
16	Huehuetenango	San Antonio Huista	Minería	12/5/2007
17	San Marcos	Ixchiguan	Minería	17/6/2007
18	Guatemala	San Juan Sacatepéquez	Minería- Cementera	13/5/2007
19	Izabal	Livingston	Petróleo	sd/6/2007
20	San Marcos	Ixchiguan	Minería	13/6/2007
21	Huehuetenango	Santa Cruz Barillas	Minería	23/6/2007
22	Huehuetenango	Nentón	Minería	11/8/2007
23	Huehuetenango	San Ildefonso Ixtahuacán	Minería	22/9/2007
24	Huehuetenango	San Sebastián Huehuetenango	Minería	26/10/2007
25	Huehuetenango	San Miguel Acatán	Minería	1/12/2007
26	San Marcos	Sibinal	Minería	18/4/2008
27	Huehuetenango	San Juan Ixcoy	Minería	13/5/2008
28	San Marcos	Comitancillo (ratificación de la consulta realizada en 2005)		14/05/08
29	San Marcos	Tacaná	Minería	16/5/2008
30	San Marcos	Tajumulco	Minería	13/6/2008
31	Huehuetenango	Tectitán	Minería	27/6/2008
32	San Marcos	San Miguel Ixtahuacán	Minería	27/6/2008
33	San Marcos	San José Ojeteman	Minería	11/7/2008
34	Huehuetenango	Chiantla	Minería	13/7/2008

<b>N°</b>	<b>Departamento</b>	<b>Municipio</b>	<b>Tipo de proyecto</b>	<b>Fecha</b>
35	Huehuetenango	Jacaltenango	Minería	26/7/2008
36	Huehuetenango	Santa Ana Huista	Minería	6/8/2008
37	San Marcos	Tejutla	Minería	30/9/2008
38	Huehuetenango	Aguacatán	Minería	3/10/2008
39	Huehuetenango	San Pedro Soloma	Minería	17/10/2008
40	Huehuetenango	Cuilco	Minería	25/10/2008
41	Huehuetenango	Santa Bárbara	Minería	28/11/2008
42	Huehuetenango	San Rafael Petzal	Minería	10/1/2009
43	Huehuetenango	San Rafael la Independencia	Minería	28/4/2009
44	Huehuetenango	San Mateo Ixtatán	Minería	21/5/2009
45	San Marcos	San Cristóbal Cucho	Minería	27/6/2009
46	Huehuetenango	San Gaspar Ixil	Minería	23/7/2009
47	Guatemala	Churranchito	Hidroeléctrica	3/8/2009
48	Huehuetenango	San Rafael La Independencia	Minería	1/9/2009
49	Huehuetenango	San Sebastián Coatán	Minería	24/9/2009
50	Quiché	Cunen	Minería	27/10/2009
51	San Marcos	Malacatán	Minería	29/11/2009
52	Huehuetenango	Unión Cantinil	Minería	18/1/2010
53	Alta Verapaz	San Agustín Lanquín	Hidroeléctrica	29/9/2010
54	Quetzaltenango	Cabricán	Minería	20/10/2010
55	Quiché	Santa Cruz	Minería	22/10/2010
56	Quiché	Uspantán	Hidroeléctrica	29/11/2010
57	Quetzaltenango	Huitán	Minería	22/11/2010
58	Quetzaltenango	San Juan Ostuncalco	s.d.	18/2/11
59	Quetzaltenango	Olintepeque	s.d.	20/2/2011
60	Quetzaltenango	San Martín	s.d.	16/3/2011
61	Quetzaltenango	Concepción Chiquirichapa	s.d.	20/4/2011
62	Quiché	Sacapulas	Minería	20/6/2011
63	Santa Rosa	Santa Rosa de Lima	Minería	11/6/2011
64	Santa Rosa	Nueva Santa Rosa	Minería	3/7/2011
65	Quetzaltenango	Cajolá	s.d.	1/7/2011

N°	Departamento	Municipio	Tipo de proyecto	Fecha
66	Santa Rosa	Casillas	Minería	10/7/2011
67	Retalhuleu	Champerico	Minería	12/2/12

**Fuente:** *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Guatemala: La ruptura entre el discurso y la práctica.* Guatemala, 2010.

Las consultas realizadas entre 2004 y 2005 únicamente fueron cuatro; sin embargo, esta práctica fue incrementándose a partir de 2006 a 2008 (en 2006 se realizaron ocho consultas; en 2007 se efectuaron 13; en 2008 16; éste último fue el año en que más consultas se llevaron a cabo) y decreció levemente de 2009 a 2012 (en 2009 se hicieron diez; en 2010, únicamente seis y entre 2011 a 2012, once consultas).

Los resultados de las 67 consultas practicadas hasta 2012 han evidenciado el rechazo de las poblaciones, principalmente hacia proyectos de exploración y explotación minera (nótese que sobre el tema de la minería se realizaron 56 consultas).

Emblemáticos son los casos de la mina Marlin<sup>10</sup>, que opera Montana Exploradora de Guatemala, a cielo abierto, en los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán (San Marcos) así como el de la cementera en San Juan Sacatepéquez<sup>11</sup>. La población indígena, en ambos casos, no solamente se ha organizado para realizar consultas comunitarias, sino para protestar vivamente en contra de la actividad minera, haciendo acopio de los recursos legales nacionales e internacionales existentes para desplegar una lucha permanente, en contra de las empresas mineras y el Estado guatemalteco.

La mayoría de los habitantes de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa no tuvieron conocimiento de la mina sino hasta que ésta empezó a construirse a principios de 2004. La empresa Montana, sin embargo, presentó un estudio de impacto ambiental donde se indicaba que la población fue informada.

10 La Marlin es una mina de oro y plata a cielo abierto, propiedad de Montana Exploradora, situada en los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el departamento de San Marcos.

11 El municipio de Sipacapa tiene una extensión territorial de 152 km<sup>2</sup> y el municipio de San Miguel Ixtahuacán de 184 km<sup>2</sup>. Están situados al noreste del departamento de San Marcos; la mayoría de los habitantes (80%) de ambos municipios son indígenas. El municipio de San Juan Sacatepéquez, situado a 31 km de la ciudad de Guatemala, tiene una extensión territorial de 242 km<sup>2</sup>; 40% de su población es indígena y se dedica al cultivo y comercialización de flores, razón por la cual la comunidad considera que la cementera no solamente dañaría la salud de la población, sino consumiría la mayor parte del agua del municipio, que actualmente utilizan los pequeños productores indígenas para riego en la floricultura.

Esto empezó a generar suspicacia entre los líderes de la comunidad, quienes fueron informados por organizaciones y expertos ambientalistas sobre las consecuencias ambientales y para la salud de los habitantes, que se derivan de la explotación minera a cielo abierto, principalmente por la contaminación del agua.

Montana Exploradora realizó una campaña de información afirmando que no habría riesgos, a pesar que otros estudios determinan que el impacto ambiental de esta mina, debido a la tecnología de procesamiento por lixiviación de cianuro, tiene efectos de largo alcance para la población afectada directamente y para las comunidades que habitan cerca de la mina<sup>12</sup>.

En 2005, se iniciaron las actividades mineras; las comunidades indígenas de Sipacapa respondieron organizando una consulta comunitaria para dar a conocer su posición sobre la minería y, en particular, sobre la mina Marlin. Con la participación de 45% de la población, la minería fue rechazada por mayoría absoluta (98%)<sup>13</sup>. Esta consulta comunitaria generó gran debate político; principalmente, se discutió sobre si sus resultados son o no jurídicamente vinculantes. Finalmente, en 2007, la Corte de Constitucionalidad dictaminó que no son vinculantes. A pesar del fallo de la Corte, después de la Consulta de Sipacapa, más de 40 municipios de los departamentos de San Marcos y Huehuetenango han realizado sus propias consultas comunitarias, con resultados similares, es decir, rechazan la minería.

Las acciones comunitarias en torno a la mina Marlin han sido acompañadas por el Relator Especial de los Pueblos Indígenas<sup>14</sup>, quien, en resolución sobre las consultas comunitarias de buena fe realizadas por las comunidades indígenas basadas en las disposiciones del código municipal, señala que, aunque la Corte de Constitucionalidad ha interpretado que estas consultas no son estrictamente vinculantes debido a que los municipios no tienen competencia en materia de minería, la trascendencia de las consultas

---

12 McBain-Haas y Bickel indican que el cianuro, la sal del ácido cianhídrico, es una sustancia tóxica, la cual aun en ínfimas cantidades puede llevar a la muerte. Además, como resultado del proceso que utiliza la mina para extraer el oro, los metales pesados que son expuestos por el detritus de roca llegan al agua subterránea o a la tierra. Las fugas pequeñas son normales, mientras que las fugas grandes pueden envenenar toda la vida acuática en un instante. Sin embargo, las consecuencias permanentes pueden ser resultado del llamado drenaje ácido, la fuga continua de minerales y metales pesados, que puede perdurar por centenares de años y que sólo se podría evitar sellando completamente la superficie de roca devastada por la mina.

Brigitte McBain-Haas y Ulrike Bickel. *Minería de oro a cielo abierto. Violaciones de los Derechos Humanos y destrucción ambiental: el caso de la mina de oro Marlin. Informe de Miseror y FIAN*, Alemania: FIAN, 2005: 6.

13 Jordis van den Sandt. *Conflictos mineros y pueblos indígenas en Guatemala*. La Haya, 2009, 16.

14 El Sr. James Anaya visitó Guatemala del 14 al 18 de junio de 2010, emitió un informe que señala su preocupación sobre la situación actual de los pueblos indígenas y formuló recomendaciones sobre el derecho a la consulta, tema que le merece especial atención.

comunitarias no se agota con la cuestión de si son o no vinculantes desde la perspectiva del derecho interno. Expresamente, señala que *“estas iniciativas son válidas y tienen relevancia en la medida en que constituyen un reflejo de las aspiraciones legítimas de las comunidades indígenas a ser escuchadas en relación con los proyectos que tengan un impacto potencial sobre sus territorios tradicionales. La negativa que ha expresado la mayoría de las comunidades donde se han llevado estas consultas es una muestra de la ausencia tanto del consentimiento como de un adecuado procedimiento de consulta”*.

Sobre la mina Marlin, el Relator también afirma que, dado su impacto, este proyecto no debió haberse ejecutado sin el consentimiento previo de las comunidades afectadas, y considera que éste es la principal causa de conflictividad social. Asimismo, recomienda al Ministerio de Energía y Minas suspender las actividades de la mina Marlin hasta que se tomen medidas correctivas, que *“debieran basarse en un acuerdo consensuado con las comunidades afectadas, que sólo se podrá lograr después de un nuevo proceso de consulta”*.

En abril de 2010 se realizó el “Encuentro latinoamericano por la defensa de los recursos naturales y la vida de los pueblos”, al que acudieron diez organizaciones indígenas y de la sociedad civil guatemaltecas. En dicho encuentro, los representantes de los países reunidos emitieron la “Declaración de San Salvador sobre la minería en América Latina”, cuyo numeral 4 expresa *“...exigimos que haya consulta previa, libre e informada de las comunidades locales, sin presión de las trasnacionales y sin manipulación de los gobiernos, como lo ordena el Convenio 169 de OIT”*<sup>15</sup>.

La defensa de su territorio y la demanda de acceso a tierra constituyen el eje alrededor del cual ha girado históricamente la relación entre los pueblos indígenas y el Estado guatemalteco. Este reclamo histórico es el que subyace en el conflicto que ha generado la falta de consulta previa.

### **III. El Estado guatemalteco frente a la consulta a pueblos indígenas**

En los últimos quince años, el Estado guatemalteco ha mostrado una aparente apertura al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas; esto se refleja principalmente en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, signado en 1995 en el marco de las negociaciones de paz entre el Estado guatemalteco y la Unidad Revolucionaria Nacional

---

15 “Declaración de San Salvador sobre la minería en América Latina”. Con nuestra América. Recuperado el 15 de octubre de 2012 en: <http://connuestraamerica.blogspot.com/2010/04/declaracion-de-san-salvador-sobre-la.html>.

Guatemalteca, y en la ratificación del Convenio 169 de OIT, en junio de 1996, así como de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, firmada por el Estado en septiembre de 2007.

Sin embargo, la respuesta del Estado no guarda congruencia con la voluntad mostrada al signar los acuerdos e instrumentos internacionales mencionados, cuando los pueblos indígenas se constituyen en actores sociales que reclaman al Estado el respeto a sus derechos en todos los ámbitos (social, económico, político y cultural), pero principalmente frente a las reivindicaciones relativas a tierra y territorios. Históricamente, sucesivos gobiernos han utilizado diversos métodos de coerción para desarticular las acciones implementadas por los pueblos indígenas para demandar el cumplimiento del Estado.

Tal situación vuelve a reproducirse frente a las demandas de consulta surgidas a partir de 2004, lo cual se constata con el caso de las protestas y la consulta comunitaria realizada en San Juan Sacatepéquez, en rechazo a la instalación de la empresa extractiva Minerales Industriales de Centro América, Sociedad Anónima - San José (MINCESA). El gobierno de Guatemala le otorgó a dicha empresa licencia de explotación minera por un plazo de 25 años a partir de 2007.

No obstante, la Constitución vigente desde 1985 reconoce la protección a las tierras agrícolas indígenas y garantiza su posesión, según establece el artículo 67 de ésta: *"Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida"*. Con las concesiones para exploración y explotación, principalmente en San Juan Sacatepéquez (sin el consentimiento expreso de la comunidad), no solamente se dejan desprotegidas las tierras indígenas, sino se vulnera la posesión y el derecho a la propiedad privada.

Los recursos del subsuelo son propiedad de la nación; sin embargo, generalmente, en su superficie existe propiedad de los pueblos indígenas, lo cual sitúa a las comunidades en una situación muy vulnerable, porque, al concederse licencias de explotación, las empresas extractivas prácticamente invaden dichas propiedades. Tal es el caso de San Juan Sacatepéquez. De acuerdo con lo expresado por la población indígena de dicho municipio en *"comunicación urgente presentada ante el Sr. James Anaya, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de la ONU, Caso violación al derecho al territorio del pueblo maya cakchiquel de San Juan Sacatepéquez"*, se ha irrespetado la propiedad

de personas indígenas en San Juan Sacatepéquez. Los siguientes testimonios ilustran los atropellos a los derechos a la propiedad en las comunidades<sup>16</sup> del municipio:

*"Sucedió el mes de septiembre del año 2006 cuando empezaron a medir las tierras donde, según los personeros de la empresa, pasaría la carretera; en mi caso, pusieron una estaca dentro de mi casa, en medio de mi cocina, sin pedir permiso, no sabíamos para qué estaban haciendo eso, ellos violaron mis derechos (...) casi a finales del año 2006, junto a mi papá y otros vecinos, estábamos trabajando en nuestros jardines (plantación de flores), observamos a una mujer y un hombre acompañados de tres guardaespaldas bien armados medir nuestras tierras, sin permiso: al principio pensamos que era un mandato de la alcaldía municipal, por alguna obra; en la tarde, otro vecino nos comentó que le habían roto la galera que cubría su jardín. Días después, supimos que en la comunidad Lo De Ramos entraron en los patios de las casas, con la misma actitud. Nos juntamos para visitar a las autoridades de nuestra comunidad para que nos dijeran qué estaba pasando; ellos no sabían nada".*

En la Comunicación urgente, se informa al Relator que las autoridades tradicionales, en representación de la población, visitaron al alcalde municipal, quien les indicó que la Empresa Cementos Progreso explotaría los terrenos de la finca San José Ocaña para la producción de cemento y que las mediciones las realizaban empleados del Grupo Cementos Progreso con el propósito de demarcar el área donde se construiría la carretera. De acuerdo con el punto de vista de los vecinos, el abuso de la empresa al enviar a técnicos a realizar la demarcación de sus tierras y hasta los terrenos de sus viviendas con estacas "representa un claro mensaje de expropiación"<sup>17</sup>. Ante estas violaciones, el Estado permaneció en silencio, hasta ese momento.

En diciembre de 2006, efectivamente, la empresa Cementos Progreso comunicó la instalación de la cementera, indicando que impulsaría el desarrollo económico del municipio por medio de mejoras al servicio de energía eléctrica, telecomunicaciones y una carretera de doce kilómetros. Sin embargo, obvió la consulta previa e informada al pueblo indígena de San Juan Sacatepéquez.

16 Representantes de las doce comunidades de San Juan Sacatepéquez afectadas por la cementera. *Comunicación urgente presentada ante el Sr. James Anaya, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de la Organización de las Naciones Unidas ONU, "Caso violación al derecho al territorio del pueblo maya cakchiquel de San Juan Sacatepequez".* Guatemala, 2006, 6.

17 Ibidem, 9.

En 2007, como reacción a lo anterior, doce comunidades de San Juan Sacatepéquez realizaron una consulta comunitaria, donde participaron 8.000 personas. El resultado de esta consulta fue el rechazo a la instalación de la cementera en el territorio de dicho municipio. Después de la consulta comunitaria del 13 mayo de 2007, hubo varios sucesos en el municipio, algunos directamente relacionados con el rechazo a la instalación de la Empresa Cementos Progreso, otros bastante confusos debido a que aparentemente estuvieron relacionados con el surgimiento de las denominadas patrullas de seguridad<sup>18</sup>, pero la información que se trasladó al público hacía suponer que hechos graves -como varios asesinatos- eran parte de las posiciones encontradas frente a la cementera.

El gobierno de la República, frente a los sucesos en San Juan Sacatepéquez, respondió con medidas extremas, como decretar estado de prevención y ocupar el territorio de varias aldeas con 1.000 policías y 1.000 soldados del ejército, respuesta que fue considerada por varios analistas como desproporcionada, teniendo en cuenta que la comunidad ejercía su legítimo derecho a protestar ante lo que consideraba atropellos a su propiedad por parte de la empresa que instalaría la planta de cemento en el municipio.

La consulta previa a la instalación de proyectos económicos, sean mineros, hidroeléctricos o de otra naturaleza, en territorios indígenas ha sido la constante omisión de sucesivos gobiernos guatemaltecos. El principal responsable de la violación al derecho a la consulta es, sin lugar a dudas, el Estado, por no cumplir con los compromisos adquiridos al signar acuerdos nacionales e instrumentos internacionales. Esta violación ha repercutido en el incremento, tanto en número como en magnitud, de los conflictos internos que involucran a pueblos indígenas. Entre los problemas sociales graves generados, se identifican principalmente dos: la violencia que ha cobrado varias vidas y la confrontación entre vecinos de las comunidades involucradas, que ha incidido directamente en el resquebrajamiento del tejido social comunitario de las comunidades indígenas.

En el caso de la cementera en San Juan Sacatepéquez, el Estado guatemalteco ha reaccionado con violencia y, en el caso de la mina Marlin, en Sipacapa, se ha negado a actuar frente a las denuncias de los pueblos indígenas relativas a la contaminación del agua, daños a viviendas y enfermedades de la piel y otros daños que la comunidad ha denunciado.

---

<sup>18</sup> Las patrullas de seguridad son grupos armados que surgieron en varias comunidades indígenas de Guatemala, bajo la coordinación de las municipalidades y con el propósito de contribuir a mantener la seguridad en las comunidades. La comunidad de San Juan Sacatepéquez se organizó en septiembre de 2007 debido a la presencia de pandillas que atemorizaron a la población, extorsionando y secuestrando a personas.

## Sucesos después de la consulta comunitaria del 13 de mayo de 2007<sup>19</sup>

*El detonante de varios hechos graves fue la quema de maquinaria de Cementos Progreso en la Aldea Cruz Blanca el 7 de noviembre de 2007; luego, el día 11 del mismo mes, el puente Chimeneas en la aldea San Antonio Las Trojes fue dinamitado, aunque el daño causado fue parcial.*

*El Estado, a través del Fiscal General del Ministerio Público, se pronunció sobre el caso del puente Chimeneas, informando que la explosión podría haber sido provocada por expertos en explosivos, ex militares o ex insurgentes; el Fiscal calificó el hecho como "acto terrorista". Fue capturado el Sr. Oswaldo Car por supuesta participación. La comunidad reaccionó haciendo una reunión de varias personas donde se exigió la liberación del detenido, luego que 400 agentes de la Policía Nacional rodearan la aldea Santa Fe Ocaña en busca de más involucrados en la explosión. Se inició un enfrentamiento con los vecinos, quienes atacaron con piedras, la Policía respondió con bombas lacrimógenas y 17 personas fueron capturadas.*

*El 20 de diciembre, un grupo de personas sacó de su casa al señor Raxón y sus dos hijos, fueron golpeados y posteriormente asesinados. Inicialmente, el hecho se relacionó con los conflictos surgidos por la construcción de la planta de Cementos Progreso; sin embargo, el Procurador de Derechos Humanos afirmó que los asesinatos eran responsabilidad de las patrullas de seguridad, por considerarlos miembros de una pandilla de asaltantes.*

*En febrero de 2008, el gobierno anunció la posibilidad de decretar Estado de Prevención en San Juan Sacatepéquez y en otras zonas de la ciudad capital, ya que habían "encapuchados" que hacían patrullajes y a quienes se les acusaba de varios crímenes (se había informado que existían más de 150 patrullas que velaban por la seguridad de 17 aldeas). El 28 de marzo, un grupo de fiscales acompañados de mil efectivos de la Policía Nacional Civil (PNC) y mil del Ejército, ingresaron a San Juan Sacatepéquez y efectuaron ocho allanamientos en diez aldeas, buscaban a los responsables de abusos contra vecinos y algunos actos de violencia ocurridos en San Juan Sacatepéquez.*

*El sábado 21 de junio, pobladores colocaron árboles y piedras y mantuvieron como rehenes a unos agentes; luego, en la aldea Las Trojes, permaneció un contingente de 500 policías. La noche del 22 de junio, el Presidente de la República decretó Estado de Prevención en San Juan Sacatepéquez, para retomar el control luego de los sucesos. El martes 24, los medios escritos informaron la detención de 42 hombres y una mujer, y se confirmó la muerte a machetazos de Francisco Tepeu. Los detenidos fueron sentenciados a prisión preventiva y se dictó auto de procesamiento por los delitos de reuniones y manifestaciones ilícitas, resistencia y desorden público agravado.*

*El 30 de junio, se comunicaron las primeras denuncias por abusos a la población indígena, por parte de agentes de la PNC y del Ejército, en la comunidad de San Antonio Las Trojes, donde continuó una fuerte presencia militar. Durante el Estado de Prevención, la Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) recibió 21 denuncias de abusos.*

*Cinco días después de los enfrentamientos ocurridos en San Juan Sacatepéquez, el gobierno aún no instalaba una mesa de diálogo para negociar con los representantes de los pobladores y Cementos Progreso. Uno de los obstáculos para ello era la resistencia de los pobladores por la captura de 43 personas.*

<sup>19</sup> Romero, Silvia. *Medios de comunicación y protestas sociales: el caso de San Juan Sacatepéquez*. Guatemala, Universidad de San Carlos, 2009, 30-40.

*El 7 de julio, el Presidente Álvaro Colom dio por finalizado el Estado de Prevención en San Juan Sacatepéquez; sin embargo, en el lugar permanecieron 100 policías y 100 soldados, la mayoría ubicados en San Antonio Las Trojes. El Ministro de Gobernación, después de una breve inspección, informó que sólo había recibido reporte de que agentes habían solicitado comida.*

*Aunque los hechos más graves en San Juan Sacatepéquez sucedieron entre 2007 y 2008, la comunidad indígena continúa denunciando que los conflictos continúan hasta el presente.*

Por su parte, el Organismo Legislativo ha recibido, desde 2004, diversas iniciativas de ley presentadas por diputados y por organizaciones indígenas, las cuales no han sido apoyadas por legisladores. La falta de una ley de consulta induce a algunos sectores gubernamentales a interpretar esta omisión "como la ausencia de una obligación vigente de consultar"<sup>20</sup>.

En 2009, se constituyó la Comisión Nacional Extraordinaria para la Transparencia (CNET) en el Congreso de la República; dicha Comisión realizó visitas de campo y abrió audiencias en el organismo legislativo para escuchar los planteamientos de las partes sobre la actuación estatal frente al caso de la mina Marlin y la cementera de San Juan Sacatepéquez. El informe<sup>21</sup> de dicha comisión abordó el derecho a la consulta ampliamente con el propósito de establecer si en el caso de la mina Marlin y en el Proyecto de Cementos Progreso, el Estado de Guatemala había cumplido con lo estipulado en el Convenio 169 de OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. La comisión solicitó información al Ministerio de Energía y Minas sobre la omisión de la consulta en ambos casos. Dicho ministerio, en su respuesta, justifica la omisión de las consultas respectivas, argumentando que el Estado de Guatemala no ha desarrollado un procedimiento para cumplir con dicho requisito, evidenciando con dicho argumento que los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas consideran que, no habiendo una regulación, no existe la obligación de consultar, obviando la responsabilidad que tiene el Estado de Guatemala de cumplir con lo establecido en instrumentos internacionales signados por Guatemala y que, de acuerdo con la Constitución Política de la República en materia de derechos humanos, tienen preeminencia sobre el derecho interno<sup>22</sup>.

En relación con la consulta, la Comisión de Transparencia fija su posición de la siguiente manera: a) El Estado de Guatemala no ha desarrollado la legislación

20 Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central*. Panamá, OACNUDH, 2011, 210.

21 Comisión Nacional Extraordinaria de Transparencia. *Informe final entregado al Presidente del Organismo Legislativo*. Guatemala: Congreso de la República, 2009, 4-11.

22 Guatemala. *Constitución Política de la República*. Guatemala, 1985, artículo 46.

adecuada para hacer efectivo el cumplimiento de lo establecido en el Convenio 169, a pesar que éste se firmó en el año 1996; b) la Comisión informa que tuvo conocimiento de tres tipos diferentes de consulta que se realizaron en los municipios de San Miguel Ixtahuacán, Sipacapa y San Juan Sacatepéquez, lo que evidencia la ausencia de una regulación que determine un procedimiento único; c) en el ordenamiento jurídico nacional, no existe legislación alguna que determine cuál es la autoridad responsable de llevar a cabo las consultas previas, por lo que ninguna de las autoridades de los ministerios involucrados en el otorgamiento de derechos mineros se hace responsable de las mismas; d) la comisión también comprobó que no existe ninguna norma que establezca que, si no se llevan a cabo las consultas previas, la consecuencia es la suspensión temporal del derecho adquirido, por lo que de acuerdo a la ley vigente la única autoridad que está facultada para suspender en forma temporal o definitiva un derecho minero es el Ministerio de Energía y Minas, si se comprueba cualquiera de los supuestos contenidos en la Ley de Minería.

La comisión recomendó al Estado la implementación de acciones: en primer lugar, que el Congreso de la República realice un proceso de análisis y aprobación de una nueva ley de minería que incluya un procedimiento de consultas de acuerdo con lo que establece el Convenio 169; que se incluya en dicha legislación la forma cómo deben desarrollarse los procedimientos consultivos, cuál debe ser el órgano que convoque y quiénes podrán participar; asimismo, la ley debe indicar en qué momento se debe consultar y los efectos de los resultados obtenidos. Finalmente, recomienda que el Presidente del Congreso solicite opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad para esclarecer el efecto de las consultas que se han llevado a cabo hasta la fecha<sup>23</sup>.

Las organizaciones de los pueblos indígenas, después de este informe, se han visto compelidas a focalizar su atención en las reformas a la Ley de Minería que también les afecta, por lo que se ha dejado de lado la presión para incluir la Ley de Consulta en la agenda legislativa, principalmente en el período legislativo 2008 - 2012. Asimismo, han recurrido a procedimientos legales. En tal sentido, la Corte de Constitucionalidad ha emitido varios fallos judiciales que ordenan al gobierno realizar las consultas pertinentes según lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

#### **IV. Punto de vista empresarial**

La tendencia empresarial es más bien a informar que a cumplir con la consulta previa e informada que establece el Convenio 169. Esta postura se refleja tanto en el caso de Montana Exploradora como en el caso de Cementos Progreso.

<sup>23</sup> Comisión Nacional Extraordinaria de Transparencia. *Informe final entregado al Presidente del Organismo Legislativo*, 100-101.

Montana Exploradora es la compañía minera que ha acaparado la mayor atención de la sociedad guatemalteca durante los últimos años. Ésta justifica que ha cumplido con el contenido del Convenio 169 relativo a las consultas, desde que presentó ante el Estado de Guatemala el estudio de impacto ambiental y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales lo puso a disposición en su delegación en San Marcos (departamento donde se encuentran ubicados los municipios de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa) y en sus oficinas centrales.

Además, en su alegato, plantea que dejaron 20 días hábiles para recibir comentarios u oposición al estudio y, de igual forma, el Ministerio de Energía y Minas convocó a la ciudadanía a presentar comentarios y argumentos previamente a autorizar la explotación minera, dando un período de 30 días para recibir las reacciones correspondientes. Montana Exploradora arguye que actuó de buena fe al informar ampliamente a las comunidades aledañas al proyecto y a las autoridades respectivas y procuró conocer las preocupaciones y expectativas de la población afectada y responder afirmativamente en beneficio de dicha población y así mejorar los mecanismos de comunicación:

*"Montana ha realizado un esfuerzo razonable para informar a la población indígena de las comunidades afectadas sobre el proyecto, de buena fe y utilizando las entidades representativas (alcaldes auxiliares, líderes civiles y religiosos) para conocer las preocupaciones y expectativas de la población en relación con el proyecto para responder a los requerimientos planteados por los líderes comunitarios que han resultado en beneficios para las comunidades y para mejorar la comunicación y el entendimiento"<sup>24</sup>.*

Según Montana Exploradora, realizó un proceso "informativo de consulta" en San Miguel Ixtahuacán, San Marcos. Los procedimientos -de acuerdo con la empresa- fueron los siguientes: se realizó un programa de comunicación con autoridades municipales por medio de un equipo de relaciones comunitarias en donde participaron personas de las comunidades de habla *mam*. Convocaron a todos los habitantes por medio de los alcaldes auxiliares, con el propósito de establecer un diálogo en el idioma de las comunidades que permitiera aclarar dudas y preocupaciones. También, se hicieron en el municipio reuniones informativas en la cabecera con la participación de líderes, representantes de instituciones e iglesias, comerciantes, maestros y estudiantes. Asimismo, se realizaron dos procesos informativos en varias

<sup>24</sup> Montana Exploradora de Guatemala S.A. *Informe de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, en la fase de planificación del proyecto minero Marlin I, San Miguel Ixtahuacán, San Marcos, Guatemala*. Guatemala, 2004, 2-5.

comunidades: el primero para informar sobre los beneficios del proyecto y el segundo para tratar aspectos en el trabajo de minería y las medidas para evitar daños a la salud humana y el ambiente<sup>25</sup>.

No obstante la argumentación de Montana Exploradora, el proceso de consulta efectuado durante la elaboración del estudio de impacto ambiental no cumple con lo preceptuado por el Convenio 169 de OIT, principalmente porque se ejecutó por la empresa y no por el Estado, puesto que el Convenio especifica que la responsabilidad de realizar la consulta la tienen los gobiernos y no las empresas. Por otra parte, Montana Exploradora únicamente realizó actividades informativas a las cuales llamó consultas.

Ante denuncia de falta de consulta de las comunidades, Montana Exploradora reafirmó su compromiso de respetar las leyes de Guatemala, los derechos humanos de los ciudadanos y los convenios internacionales. Señaló su mejor disposición de acatar recomendaciones del Congreso de la República de Guatemala y trabajar con las instituciones gubernamentales para atender quejas de las comunidades relativas a daños causados a viviendas y medio ambiente. Reconoció también que pudo causar confusión el uso del término consulta, por lo que propuso utilizar el término diálogo con las partes interesadas para distinguirlo del término consulta.

Sin tomar en cuenta la oposición de los vecinos y la consulta comunitaria realizada por la comunidad, la empresa Micensa, propiedad de Cementos Progreso, continuó con su proceso de instalación de la cementera, indicando que, si todo se resolvía según lo planificado, Cementos Progreso iniciaría la construcción de su planta productora en el municipio de San Juan Sacatepéquez. Funcionarios de la empresa declararon que esperaban se superaran las desavenencias con la población en la región donde se edificará la procesadora. Los representantes de la empresa anunciaron que la inversión inicial en la obra, que era de \$350 millones en 2006, casi se duplicó.

En 2007, la empresa completó la obtención de las licencias de construcción y de medio ambiente. Luego, se suscribió un convenio de cooperación interinstitucional y un pacto "de respeto mutuo" entre el Concejo de San Juan Sacatepéquez, los líderes de siete comunidades y la corporación cementera. La empresa informó que faltaba buscar consenso con cinco comunidades, pero que estimaba llegar a acuerdos.

---

25 Montana Exploradora de Guatemala S.A, op. cit., 4-20.

En un informe de diciembre de 2008<sup>26</sup>, que se resume a continuación, Cementos Progreso informaba que ya se estaba llevando a cabo el movimiento de tierra y la preparación del terreno para los cimientos de la fábrica, la cual calificaba que sería una de las más modernas del mundo, y que produciría cemento de la más alta calidad. Asimismo, indicaba que el "Proyecto San Juan" contribuiría con el desarrollo de la región y de Guatemala, ya que comprendía tres componentes: a) La construcción de la fábrica de cemento más moderna de la región; b) la construcción de una nueva carretera de uso público comunicando San Juan Sacatepéquez y Santo Domingo Xenacoj con la Carretera Interamericana, bajo una modalidad de participación público-privada entre Cementos Progreso, S.A. y el gobierno de Guatemala, y c) apoyo al Plan Estratégico Integral de Desarrollo y Gobernabilidad de la Municipalidad de San Juan Sacatepéquez. La empresa estimaba que, en la etapa de construcción (tres años), el municipio recibiría un monto aproximado de 10 millones de Quetzales (Q), distribuidos así: Q 2.500.000 al año como aporte voluntario a un fideicomiso destinado exclusivamente para la realización de proyectos de desarrollo comunitario en las comunidades vecinas y más próximas al proyecto; Q 2.300.000 por la licencia de construcción (pago único) y Q 120.000 de Impuesto Único Sobre el Inmueble (IUSI), anual.<sup>27</sup>

Cementos Progreso ha informado que el plan de gestión ambiental fue revisado y aprobado por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y en él se detallan las medidas que se deben implementar en la etapa de construcción y operación. Además, hay un plan de monitoreo y de inspecciones ambientales, con el fin de asegurar que el proyecto cumpla con todos los requisitos ambientales. La programación define que, a finales del 2012, se concluya la primera etapa de construcción. El informe anterior no menciona una realización de consulta.

## V. La conciliación de intereses

Guatemala vivió durante más de 30 años una guerra que dejó severas rupturas en el tejido social, lo cual ha afectado la convivencia pacífica en el país. Esta situación, aún hoy, después de 16 años de firmada la paz, divide a la sociedad guatemalteca y ha hecho difícil la construcción de una sociedad donde se respeten a cabalidad los derechos humanos de sus habitantes. La interrogante es cómo hacer para conciliar intereses políticos y económicos en un escenario tan dividido.

<sup>26</sup> Cementos Progreso. *Cementos Progreso da a conocer los trabajos que se están realizando para la construcción de la tercera planta de cemento*. Guatemala, s.d., 2008, 1-2.

<sup>27</sup> Según el convertidor de moneda OANDA, el 01.12.2012 10 millones de Q corresponden a 1.237.390 dólares, 2.500.000 Q corresponden a 309.347 dólares, 2.300.000 Q corresponden a 284.599 dólares y 120.000 Q a 14.848,70 dólares.

La respuesta que surge a la interrogante anterior es apelar a que el Estado guatemalteco respete los derechos humanos fundamentales; es indispensable que cumpla con brindar la oportunidad a todos sus habitantes de satisfacer sus necesidades básicas. Esto, expresado en otra forma, es garantizar el goce pleno de sus derechos económicos, sociales y culturales.

En las condiciones de desigualdad en que viven los habitantes de Guatemala y principalmente los pueblos indígenas, que son quienes tienen menos oportunidades de acceder al desarrollo, es difícil entablar un diálogo que requiere equidad y paridad de condiciones. Se podrá conciliar intereses, cuando sea posible entablar negociaciones en condiciones igualitarias que generen debate y diálogo entre fuerzas equilibradas.

## **VI. Propuesta de procedimiento para realizar un efectivo diálogo y la consulta**

Guatemala es un país multicultural; su diversidad cultural, sin lugar a dudas, es un factor a tomar en cuenta cuando se realicen procesos de consulta previa. Atender este derecho con pertinencia cultural requiere no seguir un patrón único al hacer consultas en los distintos pueblos indígenas que habitan en el país. Por otra parte, el procedimiento que se siga al consultar deberá determinarse de común acuerdo con las autoridades tradicionales de cada comunidad y de acuerdo con los procedimientos locales propios. Teniendo en cuenta lo anterior, se propone, con base en las prácticas propias de los pueblos indígenas y en lo que estipula el Convenio 169 de OIT, las siguientes fases para lograr un diálogo efectivo y consulta.

### **1. Fase de reconocimiento mutuo entre las partes**

Previamente a establecer el procedimiento para consultar, será necesario tener un conocimiento pleno de la comunidad a fin de garantizar el respeto a su cultura.

En Guatemala, es costumbre que cuando personas ajenas visitan una comunidad, lo primero que debe hacer la persona o grupo visitante es acudir a presentarse ante las autoridades comunitarias, lo cual permite a éstas conocer el propósito de la visita y también establecer que ésta es de buena fe.

También es práctica cultural de los pueblos indígenas el respeto mutuo y, ante todo, el "respeto a la palabra". La palabra empeñada se honra. Una vez tomados los acuerdos, es vital cumplir con los compromisos contraídos, "la palabra" constituye esencialmente un acto ético en el marco de la cultura maya.

Con base en estas premisas, se propone:

- Para iniciar el proceso, es necesario establecer un clima de confianza mutua, propiciando el acercamiento y conocimiento entre las partes que se verán involucradas en la consulta: comunidad, representantes de instituciones estatales y empresas o promotores de la iniciativa a consultar. En tal sentido, lo primero que procede es hacer una presentación de los actores que, por cada parte, serán los responsables de la coordinación del proceso de consulta.
- Esta fase deberá tener el tiempo suficiente para que las autoridades indígenas procedan a hacer consultas internas antes de la toma de decisiones.
- Luego, conjuntamente, las partes establecerán el procedimiento que deberá seguirse de acuerdo con las costumbres y la experiencia que posee cada comunidad. Para el diseño del procedimiento a seguir en la consulta, se tomará en cuenta las diferencias culturales, identificando las particularidades que caracterizan a cada población, mediante un ejercicio en el que participen los actores mencionados y las autoridades locales. Conforme avance el proceso, se irán incorporando y conciliando diferencias de cada comunidad.
- Debe asegurarse que tanto las autoridades como los otros actores han comprendido bien la información que se intercambi6. Ante todo, es importante que si se lleg6 a acuerdos o compromisos, aunque fueran 6stos de 6ndole preliminar, se respeten o si se hacen ofrecimientos, se cumplan; 6sta es la base del "respeto a la palabra".

## 2. Fase de la informaci6n previa

En las comunidades ind6genas, la base para no quebrantar la confianza mutua reci6n establecida entre las partes que han iniciado un di6logo es la verdad. Un comportamiento que demuestre falsedad en relaci6n con un compromiso contra6do cierra la puerta para procesos futuros.

Escuchar atentamente y conceder el tiempo necesario en una reuni6n para que todos tengan oportunidad de expresar su opini6n es de suma importancia. Esto tiene que ver con el principio de "saber escuchar" dentro de la cultura maya, lo cual tambi6n est6 6ntimamente ligado con el respeto que se debe a las personas. En una reuni6n, las personas est6n presentes para escuchar y para ser escuchadas.

En un proceso de negociación, los acuerdos y las decisiones toman tiempo. No se debe forzar la toma de decisiones o el arribo a un acuerdo en una sola reunión, porque es costumbre en las comunidades indígenas consultar con el pleno de la asamblea comunitaria, que obviamente tendrá que ser convocado e informado antes de tomar una decisión. Las reuniones no finalizan abruptamente, aun cuando no se arriba a consensos.

Con base en estas premisas, se propone:

- Informar ampliamente sobre el proyecto, legislación o política pública que se va a consultar, teniendo en cuenta que los pueblos indígenas tienen derecho a la información previa, plena y adecuada.
- Se procede a informar primero a las autoridades indígenas de la comunidad indígena que será consultada. En esta etapa debe haber un espacio y tiempo suficientes para que las autoridades analicen y comprendan la información recibida. Se dará la oportunidad para que se planteen dudas o preguntas adicionales y, si es necesario, se pida ampliación de la información previamente a la toma de decisiones.
- En esto consiste precisamente el respeto a las diferencias culturales. Es necesario que el tiempo y los procedimientos sean consensuados con las autoridades comunitarias antes de proceder con la información o socialización del proyecto al resto de las personas que integran la comunidad.
- La información proporcionada será transparente, es decir, deberá ser lo más completa posible sobre todos los aspectos relacionados con el proyecto, obra o actividad. Omisiones en la información causan desconfianza. Se debe incluir información sobre: a) el marco legal de la consulta, incluido lo establecido en el Convenio 169; b) los actores que intervendrán en el proceso, sus funciones y competencia en cada fase del proceso; c) también se deberán establecer acuerdos para la socialización de la información a toda la comunidad; y d) acuerdos sobre el procedimiento de consulta.

### 3. Fase de definición y elaboración de informe de impacto cultural y ambiental

De acuerdo con el Convenio 169, el derecho a la consulta y el derecho a la participación están ligados. El artículo 6 debe leerse e interpretarse conjuntamente con el artículo 7 porque la consulta está fundamentada en el derecho que tienen los pueblos de decidir sobre "*sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras*

que ocupan o utilizan de alguna manera...” y también se fundamenta en el derecho de dichos pueblos de “...participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (Convenio 169, artículo 7, párrafo 1). El gobierno (en su calidad de portador de obligaciones) deberá velar porque se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos indígenas, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente (Convenio 169, artículo 7, párrafo 3)<sup>28</sup>.

Con base en lo que estipula el Convenio 169, se propone:

- La definición y elaboración del estudio de impacto ambiental y cultural se debe llevar a cabo con participación de todas las partes: la comunidad, el ente del gobierno responsable de la consulta y la empresa.
- Evitar hacer estudios de impacto ambiental y cultural por expertos contratados por la empresa y externos a las comunidades y pueblos afectados, debido a que éstos podrían omitir aspectos sociales y culturales importantes.
- Luego de ser identificados los impactos, se procede a acordar medidas de manejo para mitigar los impactos y las formas cómo se dará seguimiento a los impactos ambientales y culturales. Para esto último, es importante establecer indicadores.

#### 4. Sistematización y seguimiento

Es costumbre de los pueblos indígenas en Guatemala llevar registro o memoria de los asuntos y decisiones que se toman en reuniones. Los resultados de las reuniones se registran en actas.

Tomando en consideración esa práctica, se propone:

- Hacer el registro de todas las reuniones en actas que sean firmadas por los participantes.
- Anotar los acuerdos de conformidad con lo consensuado.
- Si no existen acuerdos, dejar consignado en el acta este aspecto y la forma como se retomará la discusión. En la medida de lo posible, las decisiones deben ser consensuadas.

<sup>28</sup> Artículo 7, párrafo 3. "Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas."  
Artículo 7, párrafo 4. "Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan".

## 5. La consulta previa e informada

Definidos los acuerdos, se procede a realizar reuniones para establecer los procedimientos de la consulta; se recomienda tener presente la “buena fe”, respetar el diálogo y las normas propias de la comunidad para estos casos, tal como dice el Convenio 169 en el artículo 6: “...consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas...”.

Se tiene que tener siempre presente que el procedimiento que se siga al consultar deberá determinarse de común acuerdo con las autoridades tradicionales de cada comunidad y de acuerdo con los procedimientos locales propios.

## VII. Desafíos del Estado y de las empresas

Desafíos del Estado sobre el derecho a la consulta previa:

1. Revisar integralmente, con la participación de los pueblos indígenas, todas las leyes, políticas públicas, programas y proyectos relacionados con sus derechos a la consulta y a la participación, a fin de lograr el respeto y garantía de sus derechos económicos, sociales y culturales, así como los civiles y políticos. Éstos últimos porque tienen estrecha relación con el derecho a la participación.
2. Emitir la ley de consulta en coordinación y consenso con los pueblos indígenas. Iniciar de inmediato procesos legislativos o impulsar los existentes para regular la consulta previa con la participación efectiva de las comunidades indígenas.
3. Realizar de manera inmediata procesos de consulta previa que se han omitido, con el fin de respetar los requisitos que han sido establecidos por el Convenio 169, la jurisprudencia internacional y las disposiciones de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca.
4. Establecer o mejorar, con la participación de los pueblos indígenas, los métodos de diálogo ya existentes y establecerlos como mecanismos permanentes. Asimismo, y con la participación de las comunidades indígenas, adoptar medidas y soluciones concertadas para las problemáticas urgentes. Los mecanismos que se establezcan deberán ser compatibles con las tradiciones e identidad cultural de los pueblos indígenas.

5. Informar previamente sobre todos los aspectos relativos a políticas públicas, legislación, programas, proyectos, incluyendo concesiones de recursos naturales que afecten directamente a los pueblos indígenas y a sus tierras.
6. Crear mecanismos de resarcimiento o reparación integral que atiendan la vulnerabilidad ya existente y que podría agravarse por el impacto que generen programas y proyectos sociales, ambientales y de cualquier naturaleza.
7. Asegurar la realización de estudios de impacto social y ambiental por parte de entidades independientes e imparciales técnicamente capacitadas, con la participación de los pueblos indígenas y bajo la supervisión del Estado, de manera previa al comienzo de cualquier plan de exploración o explotación en desarrollo a realizarse en territorio indígena.
8. Respetar e implementar los acuerdos logrados en el marco de los espacios de diálogo y en consultas realizadas.
9. Asumir un rol activo, que suponga la supervisión permanente de las actividades de las empresas que tengan contratos con el Estado para ejecutar proyectos en los territorios indígenas, de manera que puedan prevenirse daños irreparables o, en su caso, daños en los que se haga efectivo el resarcimiento.
10. Realizar una evaluación integral de los proyectos que están ejecutándose sin haber cumplido con la consulta previa a los pueblos indígenas, con el fin de identificar daños ambientales y culturales causados a las forma de vida y organización social de dichos pueblos. Una vez identificados estos daños y alteraciones, adoptar las medidas de mitigación, reparación, compensación y resarcimiento.
11. Acatar las decisiones judiciales y recomendaciones del Relator de Naciones Unidas que protegen el derecho a la propiedad colectiva y ordenan la suspensión de la ejecución de proyectos que causan daños irreparables al ambiente y al tejido social y cultural de los pueblos indígenas.

Desafíos del Estado sobre el derecho a las tierras de los pueblos indígenas:

1. Respetar y garantizar los derechos a la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas, principalmente cuando se

prevea otorgar licencias de exploración y explotación de recursos naturales que podrían afectar dichas tierras.

2. Fortalecer, con la participación de las comunidades involucradas, la institucionalidad.

Desafíos de las empresas:

1. Cumplir con el deber de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas, así como tomar conciencia de que la vulneración de los derechos de los pueblos que se encuentran en territorios donde se desarrollan sus proyectos genera responsabilidad para la empresa.
2. Conocer la cultura indígena y los derechos de los pueblos indígenas, protegidos tanto en la legislación nacional como en los convenios internacionales signados por Guatemala, con el propósito de que se respeten y garanticen los mismos en la implementación de sus actividades.
3. Respetar el derecho a la consulta previa, durante todas las etapas de los proyectos que implementen en territorio guatemalteco.
4. Brindar a la población información completa sobre el o los proyectos que implementan en el país.
5. Comunicar información veraz y transparente y suministrarla en el idioma de las comunidades donde se asienten los proyectos que desarrollan.
6. Crear espacios de diálogo y atención a las quejas y preocupaciones de las comunidades indígenas sobre los proyectos. Escuchar las peticiones y sugerencias de las comunidades para la solución de los problemas surgidos en el marco de los proyectos.
7. Implementar mecanismos para la solución de controversias, respetando los procesos, tiempos y espacios propios de las comunidades indígenas para alcanzar acuerdos.
8. Participar en todos los espacios de información con el Estado y con las comunidades y respetar los acuerdos alcanzados y los consentimientos logrados, así como cumplir a cabalidad con los compromisos que contraigan con las comunidades indígenas.

9. Respetar los resultados de los procesos de consulta realizados.
10. Establecer mecanismos permanentes de difusión durante el proceso de ejecución del o los proyectos.

Desafíos de la población guatemalteca:

1. Retomar valores que se traduzcan en actitudes de diálogo, respeto mutuo y solidaridad.
2. Superar las barreras del racismo y la discriminación.
3. Uno de los mayores desafíos que deberá encarar el proceso de consulta es iniciar la conciliación de los intereses contrapuestos entre pueblos indígenas, empresa privada y Estado. Lograr este desafío quizás sea la mayor complicación para toda la población, ya que deberá haber buena intención y buena fe en las partes para construir un proceso conjunto y de largo aliento.
4. La reconstrucción del tejido social comunitario, con la participación de todos.

Si no se logra superar estos desafíos, los conflictos seguirán latentes, principalmente porque las partes deben aceptar que la consulta es un proceso de negociación para llegar a un acuerdo y no una imposición.

Las condiciones para superar estos desafíos son que el Estado asuma su rol de respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, las empresas comprendan que la falta de transparencia e información que ha prevalecido en la implementación de sus proyectos ha generado problemas en los territorios indígenas y las comunidades logren el restablecimiento del equilibrio y la armonía que son la base de la paz social que se ha perdido.

## Bibliografía

Arévalo, Amelia. *El derecho de participación y consulta previa en el Convenio 169 OIT y su aplicación a Guatemala*. España: Universidad de Salamanca, 2009. Recuperado el 2 de septiembre de 2012 en: [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/25/76/PDF/AT18\\_Alva.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/25/76/PDF/AT18_Alva.pdf).

Brigadas de Paz Internacionales. *Marlin en San Marcos*. Guatemala: Brigadas de paz internacionales, 2006. Recuperado el 22 de septiembre de 2012 en: [http://www.pbi-guatemala.org/fileadmin/user\\_files/projects/guatemala/files/spanish/pbi-informe-mineria.pdf](http://www.pbi-guatemala.org/fileadmin/user_files/projects/guatemala/files/spanish/pbi-informe-mineria.pdf).

Cementos Progreso, S. A. *Cementos Progreso da a conocer los trabajos que se están realizando para la construcción de la tercera planta de cemento*. Guatemala: s.d., 2008. Recuperado en septiembre de 2012 en <http://208.56.255.197/archivos/ComunicadoSJ.pdf>.

CIDSE (International Cooperation for development and solidarity). *Derechos a la participación y a la consulta previa en Latinoamérica*. Perú: Red Muqui, 2007. Recuperado el 15 de septiembre de 2012 en: <http://www.fedepaz.org/adjuntos/LIBRO-CONSULTA.pdf>.

Comisión Extraordinaria de Transparencia del Congreso de la República de Guatemala. *Informe de investigación y verificación del proceso de autorización de las licencias de explotación en los municipios de San Juan Sacatepéquez, departamento de Guatemala, y del municipio de San Miguel Ixtahuacán, departamento de San Marcos*. Guatemala: Congreso de la República, 2009.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe especial sobre los derechos de las comunidades indígenas en la ciudad de México 2006-2007*. México: s.d., 2007. Recuperado el 5 de septiembre de 2012 en: [http://directorio.cdhsf.org.mx/informes/informe\\_indigenas.pdf](http://directorio.cdhsf.org.mx/informes/informe_indigenas.pdf).

Confederación Sindical de Trabajadores/as de las Américas (CSA TUCA), Consejo de los Pueblos de Occidente (CPO), Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG), y Confederación Sindical Internacional (ITUC CSI IGB). *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Guatemala: La ruptura entre el discurso y la práctica*. Guatemala: s.d., 2010. Recuperado el 10 de septiembre de 2012 en: [http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/Informe\\_PCGIG.pdf](http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/Informe_PCGIG.pdf).

Congreso de la República de Perú. *Informe consulta previa: derecho fundamental de los pueblos indígenas e instrumento de gestión estatal para*

*el fortalecimiento de la democracia*. Perú: s.d., 2009. Recuperado el 10 de septiembre de 2012 en: [http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM\\_Problematica\\_indigena/\\_documentos/CONSULTApresentac.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/_documentos/CONSULTApresentac.pdf).

*Declaración de San Salvador sobre la minería en América Latina*. S.d., 2010. Recuperado en 3 de septiembre de 2012 en: <http://connuestraamerica.blogspot.com/2010/04/declaracion-de-san-salvador-sobre-la.html>.

Guatemala. *Código Municipal. Decreto Num. 12-2002*. Guatemala: 2002.

Guatemala. *Constitución Política de la República*. Guatemala, 1985.

Guatemala. *Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Decreto Num. 11-2002*. Guatemala: 2002.

Guatemala. *Ley de Minería*. Decreto No. 48-97 del Congreso de la República. Guatemala: 1997.

Guatemala. *Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental*. Guatemala: 2003.

Guatemala, Corte de Constitucionalidad. *Expediente 1179-2005*. Guatemala: 2005.

McBain-Haas, Brigitte y Ulrike Bickel. *Minería de oro a cielo abierto. Violaciones de los Derechos Humanos y destrucción ambiental – el caso de la mina de oro Marlin*. Informe de Misericordia y FIAN. Alemania: FIAN Internacional (Food First Information and Action Network), 2005. Recuperado el 24 de septiembre de 2012 en: [http://www.infoiarna.org.gt/media/file/areas/recursos/documentos/nac/\(4\)%20Mineriacieloabierto\\_DH.pdf](http://www.infoiarna.org.gt/media/file/areas/recursos/documentos/nac/(4)%20Mineriacieloabierto_DH.pdf).

Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala. *¡Sí es necesario contar con un marco regulatorio para la realización de las consultas a pueblos indígenas, a la luz del Convenio No. 169 de la OIT!* Guatemala: Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala, 2011. Recuperado el 6 de septiembre de 2012 en: [http://www.dialogo.gob.gt/docs/Pueblos\\_Indigenas/Anexo%20No.%206%20Si%20es%20necesario%20un%20marco%20regulatorio%20para%20las%20consultas%20a%20pueblos%20ind%C3%ADgenas.pdf](http://www.dialogo.gob.gt/docs/Pueblos_Indigenas/Anexo%20No.%206%20Si%20es%20necesario%20un%20marco%20regulatorio%20para%20las%20consultas%20a%20pueblos%20ind%C3%ADgenas.pdf).

Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala. *Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

Guatemala: s.d., 2011. Recuperado el 6 de septiembre de 2012 en: [http://www.dialogo.gob.gt/docs/Pueblos\\_Indigenas/Anexo%20No.%202%20Anteproyecto%20de%20reglamento%20del%20Ejecutivo%20sobre%20Consulta%20a%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas.pdf](http://www.dialogo.gob.gt/docs/Pueblos_Indigenas/Anexo%20No.%202%20Anteproyecto%20de%20reglamento%20del%20Ejecutivo%20sobre%20Consulta%20a%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas.pdf).

Montana Exploradora de Guatemala S.A. *Informe de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, en la fase de planificación del proyecto minero Marlin I, San Miguel Ixtahuacán, San Marcos, Guatemala*. Preparado para el gobierno de Guatemala por Montana Exploradora de Guatemala S.A., con asistencia de Consultoría y Tecnología Ambiental S.A., y Blankenship Consulting LLC. Guatemala: s.d., 2004.

Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG). *Del requerimiento al repartimiento en el siglo XXI*. Guatemala: MSICG, s.f. Recuperado el 6 de septiembre de 2012 en:

[http://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.movimientosicg.org%2Findex.php%3Foption%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D28%3Aadel-requerimiento-al-repartimiento-en-el-siglo-xxi%26id%3D2%3Ainformes%26Itemid%3D94&ei=-QlrUI2vMoGE8A-TpgoDAAw&usq=AFQjCNEaGJEdIdIJlz11IyiAV8JD4O2iYQ](http://www.google.com.gt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.movimientosicg.org%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D28%3Aadel-requerimiento-al-repartimiento-en-el-siglo-xxi%26id%3D2%3Ainformes%26Itemid%3D94&ei=-QlrUI2vMoGE8A-TpgoDAAw&usq=AFQjCNEaGJEdIdIJlz11IyiAV8JD4O2iYQ).

Naciones Unidas: Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Disponible en: [www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf).

Naciones Unidas. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/GTM/CO/12-13. Ginebra: ONU, 2010.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*. Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007. Recuperado el 23 de septiembre de 2012 en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7602.pdf?view=1>.

Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas de América Central*. Panamá: OACNUDH, 2011.

Organización de los Estados Americanos (OEA). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales recursos naturales*. OEA, s.d., 2009.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Perú: OIT, 2007. Recuperado el 27 de septiembre de 2012 en: [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf).

Perú. *Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Perú: Ley No. 29785. Recuperado el 17 de septiembre de 2012 en: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29785.pdf>.

Representantes de las 12 comunidades de San Juan Sacatepéquez afectadas por la cementera. *Comunicación urgente presentada ante el Sr. James Anaya, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas de la Organización de las Naciones Unidas ONU, "Caso Violación al Derecho al Territorio del pueblo maya cakchiquel de San Juan Sacatepéquez"*. Guatemala: s.d., 2009: 32. Recuperado el 12 de septiembre de 2012 en: <http://www.google.com.gt/search?q=Comunicaci%C3%B3n%20urgente%20presentada%20ante%20el%20Sr.%20James%20Anaya%2C%20Relator%20Especial%20sobre%20la%20situaci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20humanos%20y%20libertades%20fundamentales%20de%20los%20ind%C3%ADgenas%20de%20la%20Organizaci%C3%B3n%20de%20las%20Naciones%20Unidas%20ONU%2C%20%2E2%80%9CCASO%20VIOLACION%20AL%20DERECHO%20AL%20TERRITORIO%20DEL%20PU&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:es-ES:official&client=firefox-a&source=hp&channel=np>.

Romero, Silvia. *Medios de comunicación y protestas sociales: el caso de San Juan Sacatepéquez*. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009. Recuperado el 5 de septiembre de 2012, en: [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/28/28\\_0390.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/28/28_0390.pdf).

Ruiz, Juan Carlos. *No hay pretextos para no consultarles a los pueblos indígenas*. Perú: s.d., 2009. Recuperado el 25 de septiembre de 2012 en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=64>.

Sistema Nacional de Diálogo Permanente (SNDP). *Consultas comunitarias realizadas en el país entre los años 2005 y 2011*. Guatemala: SNDP, 2011. Recuperado el 20 de septiembre de 2012 en:

[https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:hWd1Cggw0L0J:www.dia-  
logo.gob.gt/docs/Pueblos\\_Indigenas/Reporte\\_sobre\\_Consultas\\_realiza-  
das\\_en\\_el\\_pa%25C3%25ADs\\_y\\_Ubicaci%25C3%25B3n.pdf+sndp+consul-  
tas+comunitarias+realizadas+en+el+pais&hl=es&gl=gt&pid=bl&srcid=A-  
DGEESg1ONxa5kNYtmRK4VwRu\\_Ubpp9ssuyekysDXxReZRkopCd5JWULx-  
JKsgU\\_J4hJfVP08pgxVrTkw2wCjKpOdVadJ9oMQiQshyxs\\_XPn56S9DXE-  
GiA55xy7sLgFX4TUDp2uT1bw4T&sig=AHIEtbTwCrs\\_N3RI4XlylXrZyyZ7hiI-  
fUw](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:hWd1Cggw0L0J:www.dia-<br/>logo.gob.gt/docs/Pueblos_Indigenas/Reporte_sobre_Consultas_realiza-<br/>das_en_el_pa%25C3%25ADs_y_Ubicaci%25C3%25B3n.pdf+sndp+consul-<br/>tas+comunitarias+realizadas+en+el+pais&hl=es&gl=gt&pid=bl&srcid=A-<br/>DGEESg1ONxa5kNYtmRK4VwRu_Ubpp9ssuyekysDXxReZRkopCd5JWULx-<br/>JKsgU_J4hJfVP08pgxVrTkw2wCjKpOdVadJ9oMQiQshyxs_XPn56S9DXE-<br/>GiA55xy7sLgFX4TUDp2uT1bw4T&sig=AHIEtbTwCrs_N3RI4XlylXrZyyZ7hiI-<br/>fUw).

Trentavizi, Bárbara y Eleuterio Cahuec. *Las consultas comunitarias de "buena fe" y las prácticas ancestrales comunitarias indígenas en Guatemala*. Informe de campo de la investigación: Sistematización de los mecanismos de participación y consultas tradicionales de pueblos indígenas de Guatemala. Dos casos de estudio: San Juan Ixcoy, Huehuetenango y Santa María Cunen, El Quiché. Guatemala: 2012. Recuperado el 11 de septiembre de 2012 en: <http://www.google.com.gt/search?q=Las%20consultas%20comunitarias%20de%20buena%20fe&ie=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rls=org.mozilla:es-ES:official&client=firefox-a&source=hp&channel=np>.

Yagenova, Simona Violetta (coord.). *La industria extractiva en Guatemala: Políticas públicas, derechos humanos, y procesos de resistencia popular en el período 2003-2011*. Guatemala: FLACSO, 2012.

Van den Sandt, Jordi. *Conflictos mineros y pueblos indígenas en Guatemala*. La Haya: Cordaid. Recuperado el 10 de septiembre de 2012, en: [http://www.ciel.org/Law\\_Communities/Guatemala/Cordaid%20Guatemala%20ES%20broch-DEF.pdf](http://www.ciel.org/Law_Communities/Guatemala/Cordaid%20Guatemala%20ES%20broch-DEF.pdf).

**CONSULTA Y CONSENTIMIENTO  
PREVIO: HIDROELÉCTRICA  
CERRO DE ORO, TUXTEPEC,  
OAXACA**

*Leticia Aparicio Soriano*





# CONSULTA Y CONSENTIMIENTO PREVIO: HIDROELÉCTRICA CERRO DE ORO, TUXTEPEC, OAXACA<sup>1\*</sup>

Leticia Aparicio Soriano

## Resumen

El artículo aborda un marco general internacional y local en relación con el derecho que tienen pueblos indígenas a ser consultados. Posteriormente, se aborda la relación entre Estado, empresa y pueblo indígena tomando, como ejemplo, el estudio de caso sobre la construcción de una presa hidroeléctrica en territorios del pueblo chinanteco en San Juan Bautista, Tuxtepec, Oaxaca, y sus efectos sobre la comunidad. El trabajo se basa en la experiencia de acompañamiento e investigación a las comunidades afectadas por las empresas *Conduit Capital Partners* y Electricidad de Oriente.

## I. Introducción

El artículo aborda un marco internacional y local para el caso de México en relación con el derecho que tienen pueblos indígenas a ser consultados para obtener un consentimiento libre, previo e informado. Posteriormente, la relación entre Estado, empresa y pueblo indígena, tomando como ejemplo el estudio de caso sobre la construcción de una presa hidroeléctrica en territorio del pueblo Chinanteco en Oaxaca y sus efectos sobre la comunidad, es analizada. El trabajo se basa en la experiencia de preparación, acompañamiento e investigación con las comunidades de Paso Canoa, Los Reyes, Santa Úrsula y Cerrito, pertenecientes a los municipios de Tuxtepec y Ojitlán, Oaxaca, de cara a asambleas de presentación de un proyecto alternativo de construcción de una hidroeléctrica, por las empresas *Conduit Capital Partners* y Electricidad de Oriente.

## II. El derecho a la consulta previa y al consentimiento informado

### A. Breve descripción del contexto jurídico internacional

El consultar previamente a las comunidades indígenas constituye una obligación que tienen los gobiernos surgida de diversas normas y prácticas tanto internacionales como locales. El artículo sexto del Convenio 169 de la OIT (en adelante, Convenio 169) estipula que, al aplicar las disposiciones del

1 \* El presente artículo es producto de la experiencia de investigación y acompañamiento a comunidades implicadas en el proyecto de construcción de la hidroeléctrica Cerro de Oro. El equipo de trabajo se integró por miembros de organismos no gubernamentales, como *Accountability Council*, FUNDAR A.C., Mahatma Gandhi A.C., EDUCA A.C., e investigadores/profesores del Centro de Investigaciones y Estudios Sociales en Antropología Social (CIESAS) y de la Universidad de Texas, en Austin. Se agradece al gobierno municipal del H. Ayuntamiento de San Juan Bautista, Tuxtepec, Oaxaca, y a autoridades y líderes de las comunidades de Paso Canoa, Los Reyes, Cerrito y Santa Úrsula por sus testimonios.

Convenio 169, los gobiernos tienen la obligación de “consultar a los pueblos interesados [...] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente”. Este artículo concluye advirtiendo que dichas consultas, que deben ser realizadas por los gobiernos, se “efectuarán de buena fe, de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas”.

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas -además de llamar a los Estados a incorporar a los pueblos indígenas en sus esfuerzos para eliminar la discriminación<sup>2</sup> y su explotación económica<sup>3</sup>- estipula que los mismos “celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados, por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”<sup>4</sup>.

Así, distintos países latinoamericanos han incorporado el derecho a la consulta previa directamente, mediante procesos legislativos que desarrollan este derecho, o indirectamente, a través de resoluciones judiciales que han reconocido expresamente el derecho internacional. El caso de Bolivia es un ejemplo, donde el derecho a la consulta previa se ha desarrollado respecto a hidrocarburos<sup>5</sup> y donde el Tribunal Constitucional<sup>6</sup> ha reconocido el derecho a

2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. “Artículo 15. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad”.

3 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. “Artículo 17. 1. Los individuos y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable. 2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos. 3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo y, entre otras cosas, de empleo o salario”.

4 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. “Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

5 Ley de Hidrocarburos de Bolivia. “Artículo 114. En cumplimiento a los Artículos 4º, 5º, 6º, 15º y 18º del Convenio 169 de la OIT, ratificado por Ley de la República N° 1257, de 11 de julio de 1991, las comunidades y pueblos campesinos, indígenas y originarios, independientemente de su tipo de organización, deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera prevista en la presente ley”.

6 Ver Resolución del Tribunal Constitucional de Bolivia Sentencia Constitucional 0045/2006, Expediente 2005-12440-25-RD L, sentencia de 2 de junio de 2006.

la consulta previa como obligatorio y parte del bloque constitucional del país. También Colombia contempla el derecho a participar en consultas populares en el artículo 40, numeral 2, de la Constitución Política de dicho país. Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido al derecho a la consulta dentro de su bloque de constitucionalidad en diversas resoluciones<sup>7</sup>. La Corte Constitucional de Costa Rica, igualmente, ha reconocido tal obligación al menos en dos ocasiones<sup>8</sup>. Ecuador, por su parte, ha incorporado dicha obligación en su Constitución al disponer en su artículo octavo que toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, al mismo tiempo que, como su Corte Constitucional ha reconocido<sup>9</sup>, se debe cumplir con la obligación de consultar previamente a los pueblos indígenas, como se dispone en el Convenio 169.

Podemos observar, entonces, que América Latina pasa en estos momentos por una serie de demandas, resoluciones y sentencias, dado el cuestionamiento, la queja y la demanda a cancelar concesiones para explotación de materiales e industrias extractivas, construcción de hidroeléctricas, explotación de otros recursos naturales y megaproyectos, así como proyectos industriales, no necesariamente en gran escala, pero que afectan tierras y territorios de pueblos indígenas y tribales. Lo anterior ha traído a discusión el tema de los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado. Explica Guillermo Padilla<sup>10</sup>:

*“Para América Latina, la incorporación de este derecho constituye un paso histórico. Se trata de cambiar la forma de percibir a los pueblos indígenas con ello dando un gran aporte para la reformulación de los Estados. Para ello, será necesario pugnar por la construcción de espacios de diálogo para lograr una nueva relación que reconozca la importancia de distintas*

7 Ver resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU -039/97, de 3 de febrero de 1997 (Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell); Sentencia T-652/98, de 10 de noviembre de 1998 (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz); Sentencia C-418/02, de 20 de mayo de 2002 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis); Sentencia SU-383/03, de 13 de mayo de 2003 (Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis); Sentencia T-382/06, de 22 de mayo de 2006 (Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas); Sentencia C-208/07, de 21 de marzo de 2007 (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil) y Sentencia C-030/08, de 23 de enero de 2008 (Magistrado Ponente: Rodrigo Gil Escobar).

8 Ver resoluciones de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional: Voto 2000-08019, Expediente 00-000543-0007-CO, (sentencia de 8 de septiembre de 2000); y Voto 2000-10075, Expediente 00-000543-0007-CO, (sentencia de 10 de noviembre de 2000).

9 Ver resolución del Tribunal Constitucional del Ecuador, Caso: No. 170-2002-RA, Claudio Mueckay Arcos v. Dirección Regional de Minería de Pichincha: Director Regional (sentencia de 13 de agosto de 2002).

10 En apuntes de Guillermo Padilla sobre sistematización y análisis de casos relativos al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas en México. II informe de avance, consultoría con la Oficina de México del Alto Comisionado de Derechos Humanos. CIESAS, Pacífico Sur. Oaxaca, México, 2011.

*definiciones, desde la cosmovisión de los pueblos indígenas, en la determinación de necesidades y medios para satisfacerlas. Sin embargo, se necesita de una gran voluntad de representantes de los Estados, para poder cumplir con la histórica tarea de superar la exclusión, el racismo y la opresión que ha caracterizado la historia de despojo que dichos pueblos han vivido desde la llegada de los europeos al continente.”*

Estados latinoamericanos que han suscrito la legislación internacional sobre estos derechos y han aceptado la jurisdicción de la CIDH<sup>11</sup>, dados los efectos vinculantes de sus sentencias, están obligados a promover la participación de los pueblos indígenas y a cumplir las disposiciones emitidas por la CIDH sobre los procedimientos para hacer efectivo el derecho en cuestión.

Podemos observar, entonces, que las poblaciones indígenas se han transformado en sujetos de derecho y de interés en el marco de la ONU, la CIDH, la OEA y de otros organismos internacionales.

Asimismo, en relación con estándares de organismos financieros internacionales, estos derechos han propiciado que, entre otras instancias, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo emitan políticas y estándares sobre pueblos indígenas (aunque no jurídicamente vinculantes) en relación con la consulta previa, los cuales condicionan los préstamos para el cumplimiento de proyectos o sirven como referentes de autoevaluación de las actividades realizadas por los mismos organismos.

Es preciso abordar la relación que tienen éstos en el tema, ya que tales organismos suministran crédito a proyectos de desarrollo que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas y sus territorios; la misión institucional de éstos tiene también relación directa con el desarrollo económico de pueblos indígenas y sus posturas políticas pueden servir como herramientas para los pueblos indígenas, quienes los tienen como recurso para ejercer presión sobre los organismos y los Estados en los cuales financian proyectos.

En este sentido, el Banco Mundial debe promover el acercamiento a los pueblos indígenas, ya que este requisito de consulta demuestra acentuadamente el respeto a diferencias culturales que existen dentro de un mismo territorio.

---

11 Países signatarios: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

Así, la política operacional OP 4.01 de este organismo establece en su marco normativo condiciones de financiamiento de proyectos que impacten a grupos indígenas. Marca que, para el financiamiento de ciertas clases de proyectos, se realizará un proceso de consulta con los grupos afectados en las etapas de estudio, toma de decisiones y ejecución de proyectos que les afecten.

Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo ha emitido una serie de estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente (1990), expedidos por el Comité del Medio Ambiente del mismo órgano, de los cuales fueron tomados muchos elementos para la política específica para pueblos indígenas en el 2006. La estrategia expresa la *"necesidad de consultar a los grupos indígenas directa o indirectamente con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento"*.

## **B. Antecedentes jurídicos en México**

En el caso del Estado mexicano, dentro del marco internacional, éste tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas cuando haya posibilidades de afectar sus territorios con obras de infraestructura para el desarrollo, a lo que se comprometió, ratificando hace 20 años el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, es muy poco lo que se ha hecho efectivo en cuanto a derechos de los pueblos indígenas allí contemplados, entre ellos, la omisión del derecho a la consulta previa. Los Estados como México, que han suscrito la legislación internacional sobre estos derechos y que han aceptado la jurisdicción de la CIDH, están obligados, dados los efectos vinculantes de sus sentencias, a promover la participación de los pueblos indígenas y a cumplir las disposiciones emitidas por la Corte sobre los procedimientos para la consulta y el consentimiento.

Observamos que existe un ámbito jurídico internacional que contempla el respeto al derecho a la consulta. Sin embargo, en el marco jurídico nacional mexicano, el derecho no está legislado ni reglamentado, circunstancia que hace que éste sea un concepto ambiguo. Cabe señalar que, si bien a la fecha existen algunos anteproyectos y proyectos de ley en diferentes estados de la República, sólo en el caso de San Luis Potosí en 2010 se aprobó y firmó la única ley de consulta que existe en el país<sup>12</sup>.

En casi la totalidad de casos de entidades federativas del país, se carece de legislación local, por lo que es importante mencionar que los derechos de los pueblos indígenas de México se tienen que interpretar en el marco

<sup>12</sup> Ley de Consulta Indígena para el Estado y los municipios de San Luis Potosí. Aprobada el 29 de junio de 2010. Promulgada y publicada de 8 de julio de 2010.

constitucional federal vigente y en lo dispuesto en el artículo 2. Los derechos de participación están íntimamente ligados a los de libre determinación, suscritos en el mismo artículo. Sin embargo, aún existen diferencias entre el marco normativo internacional y lo dispuesto en la Constitución.

Promoviendo hacer garante el derecho en cuestión, los pueblos se sitúan ante una posibilidad histórica no sólo de revisar con las comunidades los proyectos que quieren desarrollarse e impactarlas, sino que cabe la posibilidad de que éstas opten por diseñar y ejecutar los propios, tomando en cuenta las necesidades y prioridades de los pueblos desde la misma voz de sus habitantes. En este sentido, estamos ante un momento en que es posible apelar a este tipo de instrumentos internacionales, pero también necesario dados los intereses de construir obras para el desarrollo neoliberal donde el Estado tendría que mediar y establecer mecanismo de diálogo y negociación entre empresarios y las comunidades indígenas, como lo establece el Convenio 169.

### **III. El caso estudiado**

#### ***A. El proyecto de la hidroeléctrica***

En el cuerpo del texto, se desarrollará un caso: el del Cerro de Oro en el municipio de Tuxtepec, Oaxaca, México y la omisión de consulta previa, el cual constituye un ejemplo de cómo la exigencia a hacer garante el derecho a ser consultados enfrenta a la comunidad, el Estado y empresas privadas, en relación con el impacto a sus territorios, pero también los lleva a dialogar respecto a qué acuerdos llegarán en torno a las demandas, necesidades y propuestas que cada uno defiende.

El proyecto estaría ubicado en el noroeste del estado de Oaxaca, en la zona federal que comprende la cortina de la presa Miguel de la Madrid Hurtado, en inmediaciones de la localidad Cerro de Oro, San Juan Tuxtepec. Las localidades próximas al sitio del proyecto son: Santa Úrsula y Paso Canoa, dentro del municipio de Tuxtepec. Sus principales vías de acceso son las carreteras federales No. 145 y 175. El sitio específico del proyecto sería a la derecha de la presa Miguel de la Madrid<sup>13</sup>.

---

13 "Manifestación de impacto ambiental sector eléctrico. Modalidad particular proyecto: Central Hidroeléctrica Cerro de Oro". Promovente: Grupo Constructo S.A. de C.V. Ubicación: San Lucas Ojitlán, Oaxaca. Recuperado el 2 de noviembre de 2012 en: <http://sinat.semarnat.gob.mx/dgiraDocs/documentos/oax/estudios/2008/200A2008ED022.pdf>

## Mapa 1. Macro localización de hidroeléctrica



**Fuente:** Planos y mapas de proyecto hidroeléctrico Cerro de Oro<sup>14</sup>.

Representantes y trabajadores para la empresa Electricidad de Oriente -socia de las empresas COMEXHIDRO y la estadounidense *Conduit Capital Partners*- iniciaron visitas y pláticas<sup>15</sup> con habitantes de las comunidades y gestiones para instalar en la cortina de la presa Cerro de Oro o Miguel de la Madrid, inaugurada en 1989, una mini hidroeléctrica de 6.072 m<sup>2</sup> de extensión, que generaría 14,5 megawatts, tomando 30 metros cúbicos de agua por segundo de la presa Cerro de Oro.

<sup>14</sup> "Planos y mapas de proyecto hidroeléctrico Cerro de Oro". Recuperado el 31 de octubre de 2012 en: [https://www2.opic.gov/entornosp/eia/cerro/CDO\\_MIA\\_VIII\\_1\\_1\\_Plan\\_and\\_Map\\_%20Annexes\\_2\\_%20of\\_2.pdf](https://www2.opic.gov/entornosp/eia/cerro/CDO_MIA_VIII_1_1_Plan_and_Map_%20Annexes_2_%20of_2.pdf).

<sup>15</sup> La historia del caso se reconstruyó con habitantes de las comunidades. En este sentido, vecinos mencionan que ingenieros y gente de la empresa llegaron a negociar. Exponen residentes de la comunidad de Los Reyes: "*Desde 2007 ya estaban viniendo. No nos dijeron quienes eran, sólo nos decían que no es cosa grave. Los de la empresa llegaron derecho a buscar a los ejidatarios*".

## Mapa 2. Micro localización del proyecto hidroeléctrico y comunidades afectadas



**Fuente:** Google maps. Diseño propio<sup>16</sup>.

**Tabla 1. Dimensiones del proyecto original**

Concepto	Superficie en m <sup>2</sup>	Porcentaje
Superficie total de Central Hidroeléctrica y Subestación	6.072	100
Trinchera para tubería a presión	255	4,20
Casa de máquinas (Incluye canal de desfogue)		
Subestación	1.200	19,76
Acceso a la central	325	5,35
* <sup>17</sup> Campamentos y estancias	510	8,40
*Talleres	500	8,24
*Oficinas	250	4,12
Almacenes	600	9,88

**Fuente:** Electricidad de Oriente, S. de R.L de C.V<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Recuperado el 5 de noviembre de 2012 en: <http://google/maps/X6LHt>.

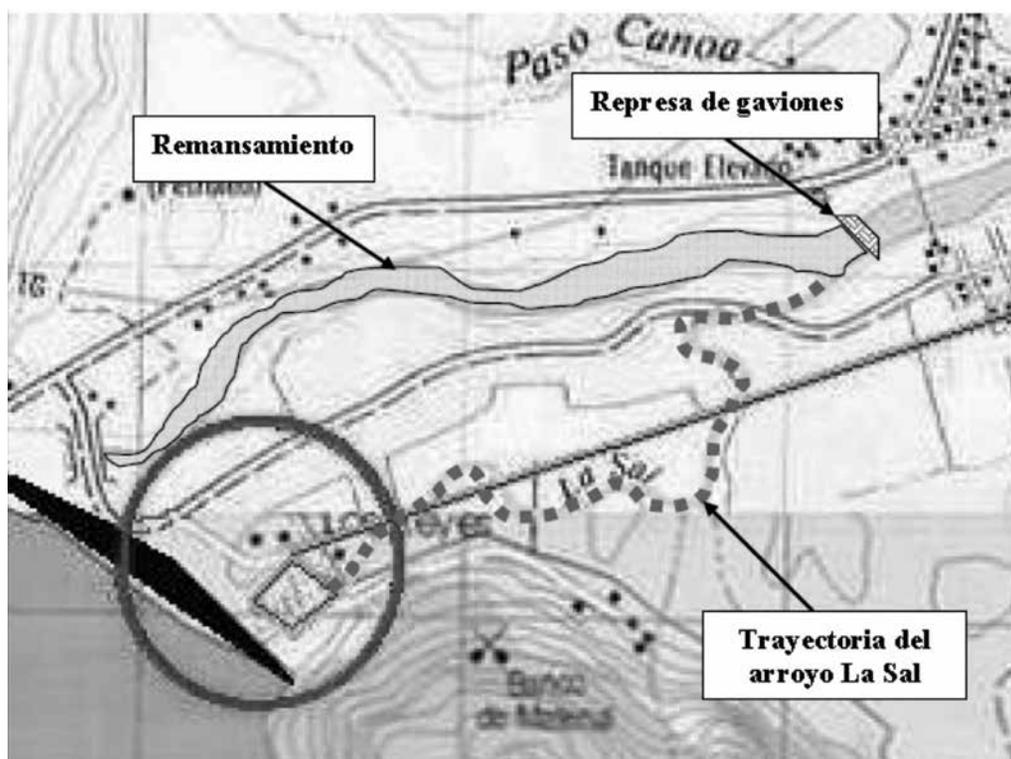
<sup>17</sup> Los conceptos marcados con \* representan una superficie de ocupación temporal.

<sup>18</sup> Documento: "Manifestación de impacto ambiental. Modalidad particular del proyecto hidroeléctrico Cerro de Oro. Datos sobre dimensiones del proyecto:8. Recuperado el 6 de noviembre de 2012 en: <http://sinat.semarnat.gob.mx/dgiraDocs/documentos/oax/estudios/2007/200A2007E0015.pdf>.

Se iniciaron trabajos en el marco de un primer proyecto. los empresarios consiguieron permisos de las diversas autoridades, como la Comisión Federal de Electricidad (CFE), la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA), la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca (SEMARNAT) y el H. el Ayuntamiento Constitucional de San Juan Bautista Tuxtepec, Oaxaca.

El primer proyecto de construcción de la planta hidroeléctrica contemplaba realizar una toma de agua en la cortina de la presa Cerro de Oro, conducirla a través de grandes tuberías, llevarla hacia unas turbinas, generar energía eléctrica y depositar el agua en el arroyo La Sal.

### Mapa 3. Trayectoria del arroyo La Sal hasta su confluencia con el río Santo Domingo conforme a lo originalmente manifestado



**Fuente:** Electricidad de Oriente S. de R. L. De C.V. Modificaciones al P.H. Cerro de Oro<sup>19</sup>.

La agencia financiadora sería la Corporación para Inversión Privada en el Exterior (*Overseas Private Investment Corporation* - OPIC). Representantes de la empresa firmaron acuerdos para “compras de tierras” a ejidatarios

<sup>19</sup> “Request to DGIRA of Project Modifications”. Appendix E. /Solicitud a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental para modificación de Proyecto. Apéndice E. Recuperado el 31 de octubre de 2012 en: [https://www2.opic.gov/environasp/eia/cerro/CDO\\_ECR\\_Appendix\\_E\\_29-09-09\\_Request\\_to\\_DGIRA\\_for\\_Project\\_Mods.pdf](https://www2.opic.gov/environasp/eia/cerro/CDO_ECR_Appendix_E_29-09-09_Request_to_DGIRA_for_Project_Mods.pdf).

donde se llevarían a cabo obras para la hidroeléctrica, violando con ello el llegar a acuerdos con ejidatarios en sus asambleas, conforme a lo establecido en la legislación agraria, y no individualmente. En relación con ello, en junio de 2010, la CONAGUA otorgó a la empresa Electricidad de Oriente permiso para la realización de obras y ampliación del arroyo La Sal. Con lo anterior, se impactaría negativamente al manantial que da origen al arroyo del cual la población de las comunidades de los ejidos Los Reyes y Santa Úrsula obtiene agua para consumo doméstico y que es nicho de numerosas especies endémicas, como tortugas, caracoles y peces, de las cuales se alimentan las comunidades Paso Canoa y Cerro de Oro.

Todas estas comunidades están en su mayoría formadas por indígenas chinantecos, quienes lograron evitar ser reubicados en los años setentas cuando, por la construcción de la represa Cerro de Oro, para abastecer de agua a la hidroeléctrica Miguel Alemán, 26.000 chinantecos fueron desalojados de sus territorios ancestrales. Estas dos represas constituyeron uno de los lagos artificiales más grandes del mundo y el más grande en América Latina, con 22.000 hectáreas inundadas por el proyecto hidroeléctrico Cerro de Oro, más 47.800 hectáreas de la presa Miguel Alemán, con la cual está conectada, inundando miles de hectáreas de tierra óptima para la agricultura y obligando al desplazamiento de miles de indígenas mazatecos y chinantecos, lo que ha tenido graves consecuencias para estos pueblos<sup>20</sup>.

Respecto a los orígenes de la presa, según investigaciones de Guillermo Padilla:

*"En 1972 se decretó la presa Cerro de Oro bajo la administración del ex-presidente Luis Echeverría Álvarez, para represar los ríos Santo Domingo, San Juan Evangelista y Tesechoacan. La obra parte de un plan más amplio formulado en 1974 por la Comisión del Papaloapan, que consistía en un sistema de presas asociadas a la cuenca del río del mismo nombre. Debía servir para la generación de hidroelectricidad, en la casa de máquinas instalada en la presa Miguel Alemán, con la cual estaba interconectada, protección contra inundaciones y el desarrollo de distritos de riego. Estos trabajos se llevaron a cabo de 1974 a 1989".<sup>21</sup>*

20 "Las presas Miguel Alemán y la Cerro de Oro". Recuperado el 5 de noviembre de 2012 en: [www.conabio.gob.mx](http://www.conabio.gob.mx). En apuntes sobre sistematización y análisis de casos relativos al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas en México. II informe de avance, consultoría con la Oficina de México del Alto Comisionado de Derechos Humanos. CIESAS, Pacífico Sur. Oaxaca, México.

21 "Presa Cerro de Oro: 35 años sin justicia". México, HIC-AL, 2010. Ibidem.

## B. El proceso con las comunidades

El primer acercamiento con las comunidades implicadas lo inició un profesor del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS)<sup>22</sup>. Posteriormente, se puso en contacto con el despacho de *Accountability Council*<sup>23</sup>, un equipo de abogadas de San Francisco, California (Estados Unidos), a través de quienes se presentó una demanda ante la Oficina de Responsabilidades<sup>24</sup> de la OPIC<sup>25</sup>. Por parte de los inversionistas, han trabajado dos empresas mexicanas: Electricidad de Oriente y COMEXHIDRO.

En el ámbito local, acciones no judiciales también se llevaron a cabo, como la intervención de diputados del Congreso del Estado de la LXI Legislatura, quienes, junto a habitantes de las comunidades, realizaron un recorrido en los ejidos Santa Úrsula, Los Reyes y parte del ejido Paso Canoa de San Lucas Ojitlán. Se cercioraron del daño ambiental y solicitaron la cancelación inmediata del proyecto de la hidroeléctrica en Cerro de Oro, ya que constataron que afecta al medio ambiente y viola el derecho a la salud de los habitantes de la zona. Los habitantes solicitaron a los diputados respaldarlos y garantizar que se respetaran sus derechos a ser consultados como comunidades indígenas. Los diputados llamaron a las autoridades involucradas, incluyendo a las autoridades locales y estatales que aprobaron el inicio de las obras, por lo que, a petición de la diputada local Ángela Hernández Solís, la obra fue detenida. Posteriormente, se inició una etapa de diálogo entre la empresa y las comunidades afectadas en la que uno de los argumentos principales fue que, de acuerdo con el derecho internacional y nacional, las comunidades indígenas debían ser primeramente informadas y consultadas para aceptar o rechazar proyectos de desarrollo que impactan en sus territorios.

## IV. El punto de vista indígena

La empresa inició sus operaciones a principios del año 2010, devastando diversas áreas adyacentes al arroyo La Sal. Se quemaron pastizales y

---

22 Por el interés de investigar cuestiones sobre consulta en pueblos indígenas y la construcción de presas, es cómo el investigador de CIESAS Oaxaca o campus Pacífico Sur, Guillermo Padilla, se acercó a la zona por medio de un líder que pertenece a una familia reubicada en los años setentas, cuando se construyó la presa Miguel Alemán, contigua a la presa Cerro de Oro.

23 Organización no gubernamental, la cual tiene entre sus fines apoyar a comunidades inconformes con las acciones llevadas a cabo en su territorio por parte de empresas financiadas con capital internacional y de desarrollo.

24 Oficina encargada de resolver los conflictos entre comunidades afectadas e inversionistas apoyados con fondos proporcionados por la OPIC.

25 Organización del gobierno estadounidense que invierte en mercados emergentes y es parte del Fondo Latin Power III, un fondo dirigido por una corporación norteamericana, *Conduit Capital Partners*, que invirtió 60 millones de dólares, 720 millones de pesos, para la obra en cuestión.

matorrales propios de ecosistemas tropicales, se tumbaron árboles (hábitat de diversas especies de aves e, incluso, de peces, moluscos y anfibios), sin el consentimiento de las comunidades. Se realizó un recorrido y una observación en las comunidades donde habitantes del lugar dieron testimonio<sup>26</sup> de cómo, al contrario a lo que los representantes aseguraban<sup>27</sup>, era un lugar donde se encontraba una gran variedad de especies. Se apreciaba lo amplio del caudal del arroyo, la diferencia entre los lugares dañados por la tala y quema, así como la construcción de camino y tanques, en contraste con los lugares que no fueron vendidos por ejidatarios a la empresa, donde se puede todavía observar una gran variedad de especies, como aves y tortugas que habitan ahí. Entre otros de los primeros efectos, algunas construcciones se dañaron por la utilización de explosivos en proximidades de la cortina<sup>28</sup>. Por otra parte, el manantial que abastece a la comunidad de agua potable también fue afectado, ya que resultó contaminado con cemento<sup>29</sup>.

Dado el caso, las organizaciones no gubernamentales FUNDAR y EDUCA, así como miembros de *Accountability Council* y académicos de CIESAS, participaron de un proceso de acompañamiento y observación del proceso de solicitar una mesa de diálogo con representantes de las empresas<sup>30</sup>. En las tres comunidades, la dinámica tanto de asistencia como de participación fue diferente. Sobre todo, la diferencia radica en la de Los Reyes, donde algunos de los ejidatarios firmaron contratos de “venta” de tierra con la empresa *Conduit Capital Partners*<sup>31</sup>. Abogados de CIESAS y Mahatma Gandhi, A.C. han revisado dichos contratos que presentan inconsistencias en materia agraria, por lo que se puede demandar su anulación.

---

26 “La empresa empezó al revés, nunca ha habido tal consulta”. Testimonio de un habitante de la comunidad de Paso Canoa.

27 “El arroyo La Sal no sólo tiene un puñado de ranas y pequeños peces”, aseguran miembros de las comunidades.

28 Los explosivos, según dijeron residentes, causaron cuarteadoras en los muros de casas de la comunidad. Además, se temía que las mismas ondas expansivas dañaran la cortina de la presa. Habitantes de Paso Canoa señalan: “No es posible que digan que sus aparatos para detectar temblores no captaron los movimientos de tierra, y que las casas hayan tenido grietas cuando las explosiones ocurrieron”.

29 Una residente señala: “Nuestros niños se han estado enfermando del estómago, pues el agua sale blanca de las llaves. Nosotros ya nos vamos, pero ¿a ellos los vamos a dejar con estos problemas?”.

30 Además de asesoría jurídica, miembros de las comunidades externaron dudas respecto al proyecto y solicitaron información. Se buscó llevar ésta a las comunidades para tomar una decisión informada en relación con negociaciones con la empresa y representantes del gobierno, local, estatal y federal que se llevarían a cabo el 12 y 13 de noviembre. Por lo anterior, se realizaron talleres informativos del 20 al 22 de octubre en las cuatro comunidades.

31 Señalaron habitantes de la comunidad de Los Reyes: “Fue un conjunto de situaciones que nos orilló a negociar. Si nos echan la mano (si nos ayudan –solicitud al equipo de acompañamiento-) más adelante con un proyecto (...) pues la idea es que salgamos beneficiados todos. Ahora el perjuicio no es sólo para los ejidatarios, sino para todo el pueblo. El temor más grande de nosotros es que no tenemos quien nos respalde con el dinero para su devolución”.

Cabe mencionar que la población indígena de estos lugares se encuentra sobre todo en las comunidades de Cerrito y Los Reyes, donde la mayor parte de sus habitantes son chinantecos. Las comunidades con habitantes indígenas y no indígenas son Santa Úrsula y Paso Canoa. Desde la reubicación de familias por la construcción de la presa Cerro de Oro, en décadas pasadas, se observa que existe una pérdida de la identidad indígena por el desplazamiento de familias a tierras diferentes a las originarias: ha disminuido el uso de la lengua, de la vestimenta, de sus formas de organización y de celebrar fiestas tradicionales, cuentan habitantes de la zona. En este sentido, se ha perdido la lengua chinanteca, las costumbres, las prácticas espirituales, las de trabajo con la tierra y otras formas propias de desarrollo del pueblo originario. Con la construcción de la hidroeléctrica y las nuevas dinámicas que ésta traería, se pone en cuestión el grado de impacto en la esfera de la cultura y las identidades indígenas al entrar en contacto con gente nueva que la empresa traería como empleados, el posible desarrollo de nuevos comercios, la afectación a sus terrenos de cultivo y a sus aguas con las que las comunidades no sólo tienen prácticas de tipo económico, sino también son parte de su cultura.

Por lo anterior, se promueve el respetar el derecho al tipo de desarrollo que los pueblos originarios tienen para sí y que no corresponde precisamente a la construcción y operación de una hidroeléctrica. En este sentido, se presenta el argumento de que los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer un tipo de desarrollo de acuerdo con su propia visión, lo cual se encuentra establecido en declaraciones como la de las Naciones Unidas o en el Convenio 169<sup>32</sup>. Igualmente, contemplan el derecho que tienen a ser consultados y que ellos otorguen consentimiento libre e informado en relación con estos proyectos. Por lo anterior, durante el acompañamiento, igualmente se les brindó información acerca de los derechos que tienen de acuerdo con ello. Como explica Padilla:

*"El Convenio 169, que introduce este derecho, está vigente en México desde 1991; es decir, cuando se construyó el embalse de Cerro de Oro en los años setentas, este derecho no formaba parte del orden jurídico mexicano y, por lo tanto, la consulta previa no era mandataria, como sí lo es ahora. Una vez las comunidades se informan y exigen este derecho, no hay más remedio que sentarse a negociar. Esto ha tenido un costo para los empresarios; en este caso específico, las obras han estado paralizadas desde diciembre de 2010. De acuerdo con la jurisprudencia internacional generada a partir de casos concretos, son los Estados los que tienen la obligación de propiciar y monitorear las consultas y*

32 Convenio 169 de la OIT, artículos 6 y 7; Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*esta obligación constituye hoy la piedra angular en la relación actual con los pueblos indígenas y tribales; así lo demuestran las protestas y requerimientos de los indígenas y así es como está establecido en todos los instrumentos y decisiones de los órganos internacionales de control”.*<sup>33</sup>

La comunidad es expuesta a hablar en defensa de la naturaleza; así, una consulta puede ser un mecanismo de protección a la naturaleza y la participación social (o existe el riesgo de que únicamente sirva para legitimar la construcción de la hidroeléctrica, a pesar que el proyecto siga teniendo inconsistencias de no ser llevado en términos de buena fe) en el proceso de toma de decisiones que afectan la gente y la vida en general. Para el caso, Padilla argumenta:

*“La tensión se genera a partir de dos miradas contrapuestas: la del inversionista o empresario, generalmente de fuera de la región, que tiene consideraciones específicas relacionadas con la garantía de su inversión, y la de la comunidad, que vive y desarrolla su vida en ese lugar, donde está la historia de su pueblo, sus ancestros y donde la naturaleza le ha brindado lo indispensable. En el proceso de validar sus derechos, la participación comunitaria da lugar a pensar, verbalizar y exteriorizar la importancia de la relación entre los seres humanos y la naturaleza. Esta relación siempre ha estado presente allí, pero pocas veces las personas, particularmente las que vivimos en ciudades, somos conscientes de ello”.*<sup>34</sup>

## **V. El diálogo con la empresa, expertos y autoridades estatales**

La empresa y las comunidades acordaron solicitar la opinión de un experto en seguridad de presas respecto a la condición actual de la cortina del Cerro de Oro, las consecuencias que tendría la obra a desarrollarse en ella y su opinión sobre si el proyecto de mini hidroeléctrica dañaría o no el manantial y el arroyo La Sal. El consultor elegido fue Raúl Flores Berrones<sup>35</sup>.

Al realizar la presentación de su estudio, Flores Berrones sostuvo que la presa Cerro de Oro es sumamente segura y que los instrumentos con los cuales se miden los posibles cambios estructurales y movimientos de la cortina de

<sup>33</sup> En apuntes sobre sistematización y análisis de casos relativos al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas en México. II informe de avance, consultoría con la Oficina de México del Alto Comisionado de Derechos Humanos. CIESAS, Pacífico Sur. Oaxaca, México.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Doctor en Ingeniería Civil. Especialista en geotécnica y mecánica de suelos. Tiene estudios en la Universidad de Harvard y el Instituto Tecnológico de Massachussets, así como en la Universidad Nacional Autónoma de México.

esta presa son obsoletos o inexistentes<sup>36</sup>. Explicó que un factor que puede contribuir a la inseguridad a futuro es la existencia de árboles y arbustos en la cortina, debido a que esto puede provocar tubificación. Mencionó que dicho problema es la segunda causa más importante de rupturas de presas en el mundo<sup>37</sup>. Apuntó que no existe en la presa un sismógrafo que permita valorar los movimientos telúricos de la zona, a pesar de la gran sismicidad de la región<sup>38</sup>.

El ingeniero Ismael Morales Méndez, director técnico del organismo de Cuenca Golfo Centro, de CONAGUA, y encargado de la seguridad de la presa, explicó que los asentamientos no rebasaron el máximo permisible por las normas internacionales, es decir que, mientras el tope de la velocidad de partículas en una explosión es de cinco centímetros por segundo, el máximo nivel fue el de 0,7 centímetros por segundo.<sup>39</sup> Se comprometió a que la dependencia procuraría adquirir los instrumentos que hacen falta en la presa, aunque estos sólo son útiles durante los primeros diez años de su puesta en operación. Habitantes cuestionaron que anteriores acuerdos a los que llegaron con CONAGUA no habían sido cumplidos.<sup>40</sup>

## VI. Daños ambientales

Respecto a la contaminación del manantial, Raúl Flores Berrones aceptó que el manantial era tal y no una filtración de la presa, como dijo en su momento la empresa. Reconoció que el proyecto original de la empresa consideraba anclar un muro de la casa de máquinas a una profundidad mayor a la del flujo del manantial, por lo que este proyecto podría impedir el flujo del manantial y perjudicar a las comunidades que se abastecen de agua en él.

36 *“La única forma de saber que no hay asentamientos en la cortina es la revisión de los testigos externos o marcadores colocados a lo largo y ancho de la cortina. Fuera de ello ni los inclinómetros ni los piezómetros funcionan adecuadamente”, afirma Raúl Flores Berrones.*

37 El experto sostiene que el problema de la tubificación *“se puede generar en cualquier grieta causada por asentamientos diferenciales, temblores o grietas de tensión, e incluso a partir de hoyos dejados por raíces o troncos podridos. La falla puede ocurrir desde el primer llenado o después de varios años de construida la presa”.*

38 Durante la exposición de los resultados, los habitantes realizaban preguntas como: *¿Qué tan segura es la cortina de la presa teniendo en cuenta que las raíces de los árboles han producido la tubificación que usted explica? ¿Cómo podemos confiar de un peritaje del estado de la presa sin haber utilizado instrumentos tecnológicos adecuados y sólo basado en la observación?*

39 Información proporcionada por la misma empresa, debido a que en la cortina no se cuenta con el instrumento necesario para realizar dichas mediciones. Pero, en todo caso, la información proporcionada es confiable, agregó, ya que este tipo de instrumentos no puede ser manipulado externamente.

40 Dichos acuerdos consistieron en que CONAGUA se comprometió a dar mantenimiento a la cortina de la presa, es decir, cortar los árboles y arbustos que han crecido en ella, que puede dañar seriamente su estructura. El representante de dicha institución aceptó que es un pendiente, pero que la instancia no ha conseguido los recursos financieros para cubrir los gastos que el mantenimiento implica.

Los pobladores también escucharon la propuesta de la empresa. El nuevo proyecto reubicaría la casa de máquinas y propondría la construcción de un canal profundo y a cielo abierto, que llevaría las aguas de la turbina hacia el río Santo Domingo, en lugar de utilizar el arroyo La Sal como conducto para desfogar el líquido, asegurando que no se afecte el manantial ni el arroyo La Sal.

El primer proyecto también argumentó ausencia de daños al medio ambiente, por ello la SEMARNAT otorgó permisos al considerar que el impacto ambiental sería poco significativo.

**Tabla 2. Resumen de variantes por las modificaciones en el proyecto**

Datos originalmente manifestados	Datos de la modificación del proyecto
Coordenadas de ubicación casa de máquinas (17°19'50"LN 96° 15' 19" LW) X=790 598 Y=1 991 997.	Coordenadas de ubicación casa de máquinas (17°19'50"LN 96° 15' 18" LW) X=790 609 Y=1 992 013.
Represa en Río Santo Domingo aguas abajo de la confluencia con el arroyo La Sal. Construcción de un muro de gaviones para provocar remansamiento en el río Santo Domingo.	Eliminación de la represa de gaviones, ya que el remansamiento se creará en forma natural.
Trabajos de acondicionamiento del cauce en el arroyo La Sal. Desazolve, reacondicionamiento de plantilla y estabilización de taludes.	Trabajos de acondicionamiento del cauce en el arroyo La Sal. Desazolve, reacondicionamiento de plantilla y estabilización de taludes. Rehabilitación de brazo muerto del Arroyo La Sal para sortear el meandro y el estrangulamiento del cauce en el área próxima a la confluencia con el río Sto. Domingo. Instalación de un puente para cruce del arroyo en esta sección Instalación de un puente para cruce del arroyo La Sal como obras de beneficio al ejido Los Reyes.
Superficie total del proyecto 268.624 m2. Superficie de afectación forestal 16.306,25 m2.	Superficie total del proyecto 297.306 m2. Superficie de afectación forestal 31.075 m2.

**Fuente:** Electricidad de Oriente S. de R. L. De C.V. Modificaciones al P.H. Cerro de Oro<sup>41</sup>.

41 "Request to DGIRA of Project Modifications". Appendix E. /Solicitud a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental para modificación de Proyecto. Apéndice E. Recuperado el 30 de octubre de 2012 en: [https://www2.opic.gov/vironasp/eia/cerro/CDO\\_ECR\\_Appendix\\_E\\_29-09-09\\_Request\\_to\\_DGIRA\\_for\\_Project\\_Mods.pdf](https://www2.opic.gov/vironasp/eia/cerro/CDO_ECR_Appendix_E_29-09-09_Request_to_DGIRA_for_Project_Mods.pdf).

## VII. El rechazo a la hidroeléctrica y la insistencia del gobierno

A pesar del ofrecimiento hecho por la empresa Electricidad de Oriente, a través de sus representantes, Mauricio Justus Villarreal y Carlos Jinich Ripstein, el proyecto de construir la mini hidro-eléctrica Cerro de Oro se canceló. Éste no generaría la misma destrucción ambiental que el original y crearía 250 empleos directos y temporales por los tres años que duraría la obra. Por ello, tres de las cuatro comunidades afectadas lo rechazaron formalmente. El representante de la comunidad Los Reyes, Félix López Ortiz, finalmente dio un sí al proyecto que espera genere desarrollo en la comunidad<sup>42</sup>.

Las comunidades de Santa Úrsula, Paso Canoa y Cerro de Oro no han permitido que en su territorio se desarrolle el proyecto, debido a dudas que existen respecto a la inseguridad de la cortina de la presa, la contaminación que generará la obra y, sobre todo, porque la obra no traerá a la comunidad beneficios sustanciales y duraderos que se comparen con el lucrativo negocio de las empresas que tendrán la explotación energética durante los próximos 25 años. En la fecha en que se terminó el diálogo estuvo también presente el inversionista de *Conduit Capital Partners* en Nueva York, Marc Frishman<sup>43</sup>.

Aunque, al inicio de las reuniones, los empresarios tenían una posición amenazante de que a diario recibían llamadas de otros Estados para invertir en ellos, al final de la negociación el inversionista Marc Frishman ofreció disculpas. En el futuro, se verá la reacción de la empresa ante la negativa y la actuación del gobierno del estado, que aunque dicen respetará la decisión del pueblo, realizará esfuerzos por entablar nuevamente un diálogo con las comunidades. La Oficina de Rendición de Cuentas estadounidense cedió su lugar al gobierno del Estado, mientras los representantes de las tres comunidades inconformes consultarán con sus asambleas si aceptan o rechazan un nuevo espacio de diálogo con el gobierno para tratar el tema.

Las comunidades presentaron formalmente, en actas firmadas por habitantes, su rechazo a ambas propuestas de proyecto de la empresa. Finalmente, enviaron un escrito a la Oficina de Rendición de Cuentas de la OPIC, con una petición de que se realice una auditoría<sup>44</sup> para conocer

42 "Tal vez nos orille la ignorancia y la pobreza, pero no podemos darnos el lujo de decir que no", argumentó el representante ante miembros de las otras tres comunidades y funcionarios de los gobiernos federal, estatal y municipal como el subsecretario de gobierno, Oscar Cruz López.

43 Llevado a cabo el día 14 de noviembre de 2011 en la ciudad de Tuxtepec, Oaxaca.

44 La organización no gubernamental Accountability Council se ha encargado de dar seguimiento a la demanda de auditoría desde San Francisco, California, Estados Unidos.

si hubo incumplimiento de la misma OPIC con sus propias normas sobre la protección del medio ambiente y la consulta previa a grupos indígenas cuando se aprobó el proyecto, y prevenir que en un futuro dañen a otras comunidades de países donde realizan sus inversiones y, de ser posible, se indemnice a las comunidades reparando el daño.

### **VIII. El diálogo con el gobierno**

Al final de las negociaciones, se acordó tener en cuenta que, de iniciarse un proceso de consulta con las comunidades, ver cuál es el tipo de desarrollo que sus miembros plantean; se instó porque dicho proceso sea acompañado y observado por organismos no gubernamentales, académicos, organizaciones civiles y población en general. Profesores investigadores del CIESAS sugirieron al representante estatal se diseñe una metodología para la realización de ésta. Explicaron cómo es que surge el derecho a la consulta, en qué consiste el proceso y un esbozo de sus implicaciones. El subsecretario del gobierno estatal estuvo abierto a estas sugerencias.

Después de que formalmente las tres comunidades dijeron no a la hidroeléctrica, el Secretario Técnico de la Oficina General de Gobierno de Oaxaca, Oscar Cruz, comentó que el gobierno del Estado está a favor de una necesaria inversión para el Estado y la creación de más fuentes de trabajo. Sin embargo, primero deberán garantizar que esta hidroeléctrica no ponga en riesgo la integridad de ciudadanos, además de que se ha programado una reunión previa entre comunidades en desacuerdo, dos días antes de una nueva reunión en la que intervendrían todas las instancias involucradas. El funcionario indicó que el gobierno del Estado intervino en este conflicto a partir de que la OPIC consideró que era momento de que fuera precisamente la instancia estatal la que debería permanecer como la necesaria parte conciliadora.

El funcionario, durante las asambleas, estuvo a favor de entrar en un proceso de consulta con las comunidades y de respetar la decisión de ellas. Sin embargo, en un diario local, se puede observar una postura ambigua, pues ante la asamblea él dice tener un respeto a las comunidades y a lo que ellas decidan, a través de un proceso de consulta que él refirió el gobierno está dispuesto a promover, y en declaraciones ante medios habla de un convencimiento pendiente que harán a las comunidades:

*"La comunidad en conflicto, la de Los Reyes, optó por acceder a la realización de esta obra y sólo faltaría la aceptación de Santa Úrsula, Paso Canoa y Cerro de Oro, quienes se resisten en tanto no tengan la certeza de que la obra no va a causar daños a la*

*ciudadanía y menos a comuneros que viven aledaños a la presa Cerro de Oro*".<sup>45</sup>

El representante del gobernador ha aceptado que habrá que cumplir primero con recomendaciones relacionadas con el mantenimiento de la presa, tales como hacer una limpieza de maleza, instalar sismógrafos y utilizar procedimientos que no requieran de explosivos.

## **IX. Conclusiones y propuestas**

La perspectiva futura es observar y dar seguimiento al papel del gobierno estatal y su voluntad por seguir acuerdos internacionales en materia de consulta y consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas. Por parte del equipo de acompañamiento y asesoría, resta una reestructuración del mismo, pues organizaciones como *Accountability Council* terminaron formalmente su etapa de mediación al caso. Representantes de las comunidades solicitan siga habiendo acompañantes, asesores y observadores, como organismos civiles, académicos y abogados tanto locales como internacionales. Es un caso inconcluso, donde no hay certeza si la construcción de la hidroeléctrica se reactivará o si está cancelada definitivamente y si habrá alguna represalia a habitantes del lugar que habían llegado a negociaciones "individuales" con representantes de la empresa.

Es necesario que el Estado cumpla con lo signado internacionalmente en materia de derechos indígenas y en relación con la participación de éstos en la determinación de su desarrollo. Por lo anterior, en el caso del proyecto de Cerro de Oro, tendrían que establecerse condiciones de acceso a información para las comunidades afectadas y llevar a cabo una consulta a través de una metodología de consulta, incluso haciendo partícipes a las comunidades, no sólo en la implementación, sino también en el diseño de la misma. Por otra parte, capacitar a autoridades y funcionarios públicos con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos indígenas, para que cumplan con su papel de implementar y brindar un seguimiento técnico a los procesos, pero, de igual manera, como entes claves de comunicación entre diferentes instancias del gobierno local y federal en materia de medio ambiente, recursos energéticos, agraria, derechos indígenas, entre otras esferas vinculadas al caso.

Funcionarios públicos deben entrar a un proceso de capacitación con miras a dar seguimiento técnico y de vigilar que se hagan valer los derechos indígenas

<sup>45</sup> Galván, Alejandro. "Gobierno del Estado va por la aceptación de hidroeléctrica." *Diario Voz del Sur*. Recuperado el 15 de noviembre de 2012 en: <http://www.vozdelsur.com.mx/oaxaca/noticias/oaxaca/21350-gobierno-del-estado-va-por-la-aceptacion-de-hidroelectrica.html>.

más que de negociadores entre las empresas y las comunidades, apelando éstas al derecho que tienen no sólo a dar consentimiento, sino, en caso dado, a no aceptar los proyectos que les afecten y más aún en la posibilidad de que decidan en sus asambleas tampoco aceptar ser consultados cuando así lo determinen. Sin embargo, observamos, por lo menos en el ejemplo de Cerro de Oro, que las comunidades están dispuestas a entrar en un proceso de consulta con el acompañamiento y asesoría que ellas solicitan.

En este sentido, las comunidades impactadas proponen ser acompañadas, asesoradas y recibir el apoyo y respaldo de autoridades locales y federales. Igualmente, ser informadas sobre sus derechos y las implicaciones, así como beneficios que este tipo de obras traería a sus comunidades para evaluar en sus asambleas y dar respuestas responsables y pertinentes, a fin de tener elementos en la esfera de lo jurídico, social, cultural y ambiental para dialogar con representantes de empresas sobre qué tipo de proyectos conviene al desarrollo de sus territorios.

## Bibliografía

Bolivia. *Ley de Hidrocarburos*. 2005.

Galván, Alejandro. "Gobierno del Estado va por la aceptación de hidroeléctrica." *Diario Voz del Sur*, 15 de noviembre de 2011. Recuperado el 15 de noviembre de 2012 en: <http://www.vozdelsur.com.mx/oaxaca/noticias/oaxaca/21350-gobierno-del-estado-va-por-la-aceptacion-de-hidroelectrica.html>.

"Las presas Miguel Alemán y Cerro de Oro". CONABIO. Recuperado el 5 de noviembre de 2012 en: [www.conabio.gob.mx](http://www.conabio.gob.mx).

*Ley de Consulta Indígena para el Estado y los municipios de San Luis Potosí*. Aprobada el 29 de junio de 2010. Promulgada y publicada de 8 de julio de 2010.

"Manifestación de impacto ambiental sector eléctrico. Modalidad particular proyecto: Central Hidroeléctrica Cerro de Oro." Promovente: Grupo Constructo S.A. de C.V. Ubicación: San Lucas Ojitlán, Oaxaca. Recuperado el 2 de noviembre de 2012 en: <http://sinat.semarnat.gob.mx/dgiraDocs/documentos/oax/estudios/2008/200A2008ED022.pdf>.

México. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 2012.

Naciones Unidas. *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. 2007.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. 1989.

Padilla, Guillermo. "Apuntes sobre sistematización y análisis de casos relativos al derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas en México. II informe de avance, consultoría con la Oficina de México del Alto Comisionado de Derechos Humanos." CIESAS, Pacífico Sur. Oaxaca, México: septiembre, 2011.

"Planos y mapas de Proyecto Hidroeléctrico Cerro de Oro." Overseas Private Investment Corporation. Recuperado el 31 de octubre de 2012 en: [https://www2.opic.gov/environasp/eia/cerro/CDO\\_MIA\\_VIII\\_1\\_1\\_Plan\\_and\\_Map\\_%20Annexes\\_2\\_%20of\\_2.pdf](https://www2.opic.gov/environasp/eia/cerro/CDO_MIA_VIII_1_1_Plan_and_Map_%20Annexes_2_%20of_2.pdf).

"Presas Cerro de Oro: 35 años sin justicia." HIC-AL: México, 2010.

"Request to DGIRA of Project Modifications. Appendix E. /Solicitud a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental para modificación de Proyecto. Apéndice E". Overseas Private Investment Corporation. Recuperado el 31 de octubre de 2012 en: [https://www2.opic.gov/environasp/eia/cerro/CDO\\_ECR\\_Appendix\\_E\\_29-09-09\\_Request\\_to\\_DGIRA\\_for\\_Project\\_Mods.pdf](https://www2.opic.gov/environasp/eia/cerro/CDO_ECR_Appendix_E_29-09-09_Request_to_DGIRA_for_Project_Mods.pdf).

Vásquez, Miguel. "Dicen comunidades no a hidroeléctrica". Periódico El Chaquiste. Noviembre de 2011. Tuxtepec, Oaxaca, México.

**EL DERECHO A LA CONSULTA  
PREVIA DE LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS DE PANAMÁ**

*Jorge Ricardo Panay Batista*





# EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE PANAMÁ

**Jorge Ricardo Panay Batista**

## Resumen

La consulta previa para los pueblos indígenas de Panamá constituye, más allá de los reconocimientos legales que regulan la materia, una parte fundamental de la cultura, la tradición y los derechos de las diferentes etnias indígenas de nuestro país. En los últimos años, se ha tomado una serie de medidas inconsultas, las cuales han provocado la reacción social de los pueblos indígenas, como mecanismo de salvaguarda de su tierra y sus costumbres y en contraposición a las intenciones del gobierno de autorizar megaproyectos en sus territorios sin consulta. Por otro lado, el fenómeno de defensa de la consulta previa generó una nueva dinámica en nuestra sociedad, donde los actores indígenas y no indígenas están dispuestos a establecer alianzas con el fin de salvaguardar sus derechos e intereses. En este punto, todos los actores, tanto gubernamentales como empresariales, están de acuerdo en que la consulta previa es esencial para mantener la paz social del país.

## I. Introducción

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Panamá se constituye en un tema de obligatoria atención por parte de quienes abogan por los derechos políticos y económicos de los pueblos indígenas nacionales y reivindican la necesidad de garantizar el desarrollo de la población de manera sostenible.

Los conflictos de tierras en la Comarca Emberá-Wounaan, las reclamaciones de tierra de los Nasos, las luchas contra la minería de las poblaciones ngäbe y buglé demuestran la urgencia de tratar el tema y la necesidad de establecer reglas, procedimientos y procesos que validen los derechos de los pueblos indígenas panameños.

## II. Antecedentes

### *A. El contexto panameño actual*

En los últimos 15 años, Panamá ha mostrado un proceso de crecimiento económico sostenido que cada vez más reclama nuevas áreas y recursos para su expansión y, como es de esperarse, este crecimiento trae consigo la necesidad de una mayor explotación de los recursos naturales, principalmente

aquéllos que permitan una mayor generación de energía y valor en el mercado internacional.

En el caso de Panamá, por sus características hídricas y el costo de la energía de fuentes de hidrocarburos no renovables, se ha creado una presión por la producción hidroeléctrica en zonas ocupadas por poblaciones indígenas.

De igual manera, el alza del precio de metales preciosos y materiales de origen metálicos impulsa la explotación de recursos minerales, como el cobre y el oro, que, en las condiciones del mercado actual, se convierten en inversiones de alta rentabilidad en Panamá. Parte importante de estos yacimientos se encuentra en zonas comarcales o en su vecindad.

Paradójicamente, la mayoría de estos recursos se ubican en zonas de difícil acceso, con vastas áreas de bosques o manglares, zonas que, por su condición geográfica, son el hogar de la mayoría de la población indígena de Panamá.

Estas áreas han sido reconocidas por diferentes leyes nacionales, con el status de "comarcas", es decir, territorios indígenas regulados por leyes especiales con características autonómicas, en donde se debe respetar la cultura, identidad y tradiciones de los pueblos indígenas y con un régimen de colectividad de la tierra y restricción reglamentada de la propiedad privada.

Esta situación de áreas reconocidas jurídicamente e intereses externos por su uso, son el caldo de cultivo para los conflictos de intereses, donde los pueblos indígenas y su visión del respeto a sus derechos y a sus tierras y el Estado y sus políticas económicas, se confrontan. En los últimos tres años y medio, se ha observado un incremento significativo de conflictos que han terminado en protestas indígenas, una respuesta estatal represiva ante las mismas y una necesidad clara de establecer mecanismos que permitan respetar y reconocer el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, de forma libre, previa e informada.

Lo cierto es que tanto las normas internacionales como las leyes de Panamá reconocen el derecho a la consulta previa, a pesar de la negativa de los gobiernos panameños de los últimos años de reconocer el Convenio 169 de la OIT.

En los años recientes, la escalada de conflictos impone el tratamiento del tema.

## **B. Marco jurídico internacional**

A pesar de lo antes señalado, toda vez que Panamá ha expresado constitucionalmente su acatamiento a las normas del derecho internacional<sup>1</sup> y que, al mismo tiempo, es suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos, las decisiones jurisprudenciales emitidas por la CIDH le son aplicables, lo que implica, entre otras cosas, sujetarse a ese reconocimiento que la CIDH hace a la protección especial de los derechos de los pueblos indígenas, tanto de forma preventiva como de forma contenciosa.

Este desarrollo jurisprudencial es el resultado de un análisis extensivo de múltiples instrumentos internacionales, los cuales incluyen la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional para la Erradicación de Toda Forma de Discriminación, todos ellos instrumentos ratificados por Panamá, lo que hace que la negativa de reconocer el Convenio 169 de la OIT no sea óbice para desconocer el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Es por esto que, a pesar de que Panamá no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, le han manifestado al gobierno de Panamá su preocupación por no haber obtenido el “consentimiento previo, libre e informado” por parte de las comunidades para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Para los efectos de la consulta previa, en materia de explotación de recursos, la CIDH ha planteado los elementos que dicha consulta debe cumplir<sup>2</sup>, los cuales son:

- a. Garantizar la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, respetando su cultura y tradiciones, con respecto a cualquier explotación, plan de inversión o extracción en sus territorios.
- b. Determinar beneficios racionales del plan de desarrollo para los pueblos indígenas, garantizados por el Estado.
- c. Realizar un estudio de impacto previo, por entes independientes e idóneos, bajo la supervisión del Estado.

1 El artículo 4 de la Constitución Nacional señala que “Panamá acata las normas del Derecho Internacional”.

2 CIDH. *Yakye Axa y Sawhoyomaxa vs. Paraguay* y el del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (sentencia del 28 de noviembre de 2007).

### **C. Marco jurídico nacional**

La Constitución Política de la República de Panamá reconoce claramente el respeto a la cultura e identidad étnica de los grupos indígenas del país, tal como lo señala el artículo 90 de la precitada Carta Magna.

*"Artículo 90. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos".*

Lo cierto es que el respeto a la identidad y cultura de los grupos indígenas implica el respeto a sus costumbres y tradiciones, pero, al mismo tiempo, implica un reconocimiento a los procedimientos tradicionales establecidos por cada pueblo para la toma de sus decisiones. Esos procedimientos son la base de su cultura e identidad.

Por otra parte, de manera muy específica, la aplicación de la consulta previa sobre asuntos de los territorios indígenas se desprende de la norma constitucional que precisamente reconoce estos territorios.

*"Artículo 127. El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras".*

Estas normas constitucionales consagran claramente el derecho al territorio de los pueblos indígenas. Este derecho es desarrollado por vía de las leyes comarcales, las cuales dan vida a las comarcas existentes en Panamá (Kuna Yala, Ngäbe- Buglé, Emberá –Wounaan, Wargandí y Madungandí), en las cuales se establece el concepto de colectividad de la tierra, prohibiéndose la apropiación privada y la enajenación de las mismas a cualquier título<sup>3</sup>.

Este concepto de la tierra genera que los recursos existentes en las comarcas sean parte del patrimonio colectivo de los pueblos indígenas y, por tanto, están sujetos a la aprobación de dichos pueblos para su uso, explotación o extracción.

<sup>3</sup> Cada una de éstas es reconocida por ley, en la cual se ha establecido el régimen de colectividad de la tierra.

Dicha aprobación o conocimiento de cualquier actividad productiva o extractiva a realizarse en territorios indígenas, corresponde a los congresos generales de los diferentes pueblos indígenas.

En el caso de la Comarca Kuna Yala, con base en su Ley Fundamental (aprobada por el propio pueblo kuna, sin utilizar el procedimiento legislativo, pero con el pleno reconocimiento del Estado), el Congreso General debe dar su aprobación a cualquier proyecto de producción, explotación, extracción de recursos naturales en su territorio. Sin esta aprobación, lo que procede es la suspensión inmediata de la actividad.

Para los pueblos ngäbe y buglé, la Ley 10 de 1997, que crea la comarca, establece la necesidad de que el Congreso General someta el proyecto a la aprobación de su pueblo, por medio de un referéndum. También es importante señalar que, en virtud de la Ley 11 de 2012, los pueblos ngäbe y buglé dejaron sentada su prohibición de extracción minera en la comarca y la obligación de consulta previa para el desarrollo de proyectos en la comarca.

En el caso de los pueblos emberá y wounaan, corresponde al Ejecutivo la aprobación de los proyectos; sin embargo, debe garantizar la participación de delegados del Congreso en la negociación y los beneficios a favor de la población.

Además del derecho a la consulta previa descrito en las diferentes leyes comarcales, la Ley General del Ambiente de Panamá<sup>4</sup> y la Ley de Transparencia<sup>5</sup> señalan la obligatoriedad de la consulta previa.

Como lo indica la Ley General del Ambiente, además del mecanismo de consulta previa que se requiere para la aprobación de los estudios de impacto ambiental, sobre todo los de categoría III, que abarcan a proyectos que generen grandes perjuicios al medioambiente, se determina una obligación especial de consulta previa a los pueblos indígenas en los proyectos a realizarse en sus territorios.

*"Artículo 103. En caso de actividades, obras o proyectos, desarrollados dentro del territorio de comunidades indígenas, los procedimientos de consulta se orientarán a establecer acuerdos con los representantes de las comunidades, relativos a sus derechos y costumbres, así como a la obtención de beneficios compensatorios por el uso de sus recursos, conocimientos o tierras".*

4 Ley 41 de 1998, Ley General del Ambiente.

5 Ley 6 de 2002 sobre la Transparencia en la Gestión Pública.

Esta ley también señala el derecho que tienen los pueblos indígenas a recibir una participación de los beneficios procedentes de estos proyectos.

*"Artículo 105. En caso de actividades destinadas al aprovechamiento de recursos naturales en tierras de comarcas o pueblos indígenas, éstos tendrán derecho a una participación de los beneficios económicos que pudieran derivarse, cuando dichos beneficios no estén contemplados en leyes vigentes".*

Por otra parte, la Ley de Transparencia de la Gestión Pública determina la obligación de las instituciones del Estado de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos que puedan afectar sus intereses. Sin embargo, esta ley sólo se queda en el efecto comunicativo de la consulta, definiendo ciertos mecanismos de consulta popular y participación ciudadana, obligando a las instituciones a dar la información de los proyectos y recibir las sugerencias que los afectados puedan presentar. Sin embargo, también es cierto que deja una ventana abierta, al señalar como mecanismo de consulta el desarrollo de foros o talleres para la obtención de consensos o resoluciones pacíficas de conflictos, que surjan precisamente de la inquietud de los ciudadanos.

Sin embargo, a pesar de los mecanismos legales de reconocimiento de la consulta previa que, tanto en el nivel nacional como internacional, salvaguardan este derecho, lo cierto es que en el caso de Panamá, como en el caso de muchos países donde existe población indígena, la consulta previa es un asunto de defensa del derecho a la vida e identidad, más que un asunto de ley.

### **III. Los pueblos indígenas de Panamá y la consulta previa**

Para los pueblos indígenas de Panamá, la consulta previa ha sido producto de las luchas por el reconocimiento de sus derechos y, en muchos casos, ha sido el producto de movimientos sociales, nacidos desde sus territorios, en contraposición a políticas estatales, y en defensa de su forma de vida e identidad cultural.

El primer reconocimiento del derecho de determinación dentro de sus territorios y de la obligación de consulta a los pueblos indígenas en Panamá, es producto de la Revolución Tule<sup>6</sup>, que da origen al primer territorio comarcal de nuestro país. Una de sus consecuencias fue la promulgación por

<sup>6</sup> El 19 de febrero de 1925 estalla la "Revolución Tule" (en la Comarca de Kuna Yala). El movimiento de la Revolución Tule es para protestar contra las tácticas e injerencias arbitrarias de la policía panameña en los asuntos internos de los poblados kunas.

el pueblo kuna de la Ley Fundamental, la cual, como hemos mencionado con anterioridad, determina el requisito de aprobación de cualquier proyecto por el Congreso General.

Este triunfo impulsó la necesidad del reconocimiento de los derechos de los demás grupos indígenas del país, los cuales comenzaron a luchar por el reconocimiento de sus territorios y por el derecho que tienen a decidir en los mismos.

Los reclamos reiterados por años de los demás pueblos indígenas llevaron al reconocimiento de la mayoría de éstos, por medio de la creación de otras cuatro comarcas y el reconocimiento de los territorios indígenas, bajo la figura de áreas anexas.

Este hecho reafirma la relación simbiótica entre los indígenas y su territorio. No existe una división entre el indígena y su territorio, pues la tierra es su madre y su madre les da la vida. La protección de sus territorios es la protección de su existencia; por tanto, lo que atenta contra su territorio atenta contra su vida.

En este principio básico la consulta previa tiene su raíz práctica y real. Los pueblos indígenas culturalmente han practicado mecanismos de consulta para determinar desde sus autoridades tradicionales, hasta la forma como preservan sus tradiciones y costumbres.

Una vez posesionados físicamente de sus territorios, surgen los conflictos como lógica consecuencia de las visiones diferentes en cuanto a la explotación del recurso tierra. La visión de desarrollo del Estado panameño se ha sustentado sobre la propiedad privada de la tierra para la explotación de bienes y servicios. Sin embargo, también se apalanca con la explotación de recursos naturales renovables y no renovables concesionados por el Estado.

Desde esa perspectiva, el Estado promueve la explotación de recursos para mantener el nivel de crecimiento económico. Pero, para los indígenas, esta visión sólo representa una destrucción de sus territorios y el posible desplazamiento de su población.

Además, las políticas de los diferentes gobiernos hacia los pueblos indígenas de Panamá no generan una respuesta distinta al simple asistencialismo social y a la condena a un estado de pobreza permanente y heredable.

Un dato que sustenta esta situación es el hecho de que, en el caso de la Comarca Ngäbe–Buglé, el 70%<sup>7</sup> del presupuesto asignado se va en transferencias monetarias condicionadas (subsidios) y, hasta la fecha, no existe un plan de desarrollo y, mucho menos, una visión estratégica para apalancar el desarrollo sostenible de la Comarca.

Por otra parte, los indígenas comprenden muy bien que el desarrollo humano que se percibe en la mayor parte de Panamá se alimenta, en parte, de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas. La mayoría de las hidroeléctricas planificadas para suplir las necesidades de las ciudades de Panamá se visualizan para construirse en territorios habitados por indígenas. En la actualidad, el 37% de la producción eléctrica del país se produce en territorio indígena; sin embargo, sólo el 2,7% de la población de estos territorios cuenta con este servicio público.

Además de esto, las comarcas poseen recursos naturales y minerales que no se encuentran en muchas partes del país. Y, en otros momentos, los gobiernos han autorizado explotaciones de dichos recursos sin tomar en consideración a los pueblos indígenas que desarrollan su forma de vida en estos territorios.

Este abandono social que sufren los pueblos indígenas, sumado al deseo desmedido por explotar los recursos que yacen en sus territorios, han hecho que el tema de la consulta previa sea una lucha constante de los pueblos indígenas, lucha por la cual han demostrado estar dispuestos a hacer los más grandes sacrificios.

Una prueba de esta situación son las recientes luchas de los pueblos ngäbe y buglé en contra de la modificación del Código de Recursos Minerales de Panamá. Los indígenas consideraban que esta ley permitía la explotación minera en sus territorios y ponía en riesgo su modo de vida y las fuentes de agua de su territorio. El gobierno, por su lado, implementó la aprobación de estas reformas sin tomar en consideración el derecho a la consulta previa, plasmado en la Ley 10 de 1997, que crea la Comarca Ngäbe-Buglé, y violando acuerdos previos con los grupos indígenas, los cuales ya habían planteado su oposición a la explotación minera.

La ausencia de consulta a las autoridades tradicionales y a los pueblos ngäbe y buglé fue el detonante de dos meses de conflictos en el territorio, con enfrentamientos entre los indígenas y las fuerzas del control de multitudes, cuyos resultados fueron muertos, cientos de detenidos y violaciones

<sup>7</sup> Cuéllar, Miguel. Ponencia “Situación actual de los pueblos indígenas de Panamá”, Primer Congreso de Autoridades Indígenas de Panamá, Río Hato, Panamá, octubre 3, 2011.

flagrantes a los derechos humanos de los indígenas y la derogación de las leyes aprobadas.

A pesar de la represión, los indígenas se mantuvieron firmes, sentando al gobierno en una mesa de diálogo, con la mediación de la Iglesia Católica y las Naciones Unidas, logrando se derogara la reforma al Código de Recursos Minerales y se aprobara la Ley 11 de 2012, que expresamente prohíbe la explotación minera en la Comarca y regula la explotación de recursos hídricos y asentamiento de hidroeléctricas en el territorio indígena.

Estos movimientos han fortalecido la decisión de los pueblos indígenas de no permitir explotaciones en sus territorios, si las mismas no son consultadas previamente y aprobadas por las comunidades y sus autoridades tradicionales.

En estos momentos, esa postura de beligerancia ha fortalecido la imagen de las autoridades tradicionales indígenas, así como ha elevado el nivel de conciencia de la población indígena en el tema de la consulta previa.

También, ha potenciado en sectores de la sociedad civil de Panamá el convencimiento de que, por medio de la defensa del derecho a la consulta, de manera firme y decidida, se pueden frenar decisiones del gobierno, situación que hace 15 años era impensable.

Lo cierto es que, en las circunstancias actuales, los pueblos indígenas parecen estar más avocados a tratar de definir cómo saldrán de la pobreza y cuál es el modelo de desarrollo a implementar en sus territorios. Durante muchos años, desde las estructuras del gobierno, se han planteado diferentes mecanismos de planificación estratégica del desarrollo, todos ellos sin la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Algo está claro para los dirigentes indígenas en este momento de su convulsionada historia: el modelo de desarrollo debe surgir de la consulta con sus autoridades y sus diferentes pueblos, así como está clara la necesidad de garantizar que todos los planes, proyectos y programas a ejecutar respondan a los intereses de sus respectivas etnias.

Por otro lado, con los últimos movimientos indígenas, se ha demostrado su firmeza en el tema del respeto a los mecanismos tradicionales de consulta previa. En este sentido, han hecho saber al gobierno que cualquier proyecto que no les sea consultado y que trate de imponerse será combatido con determinación y firmeza. Esto no sólo ha quedado en el ámbito indígena, pues, a finales de octubre del presente año, pudimos ver manifestaciones sociales de apoyo de los grupos indígenas a reivindicaciones de población no

indígena, por motivo de la implementación por parte del gobierno de leyes que no contaban con el apoyo y la consulta debida a la población.

En resumen, la consulta previa para los pueblos indígenas trasciende de los marcos normativos, lo que no implica que no se valgan de ellos para su reclamo efectivo. Es un mecanismo de salvaguarda de su modo de vida y bienestar, así como un mecanismo de preservación del único recurso que sustenta su forma de vida: la tierra.

Los grupos indígenas no consideran a la consulta como una concesión del Estado, sino como un derecho real, inalienable e irrenunciable, inherente a su propia existencia. La consulta previa es la forma cómo aplican un freno a las ambiciones de aquéllos que sólo ven en sus territorios recursos explotables, mientras que ellos ven a la madre que los sustenta y alimenta.

En esta contraposición de visiones de vida, la consulta previa surge como una herramienta que va de la mano con las luchas de sus derechos. Su validez está en las leyes, pero su efectividad está en la capacidad de lucha que permite su cumplimiento. Para los indígenas, el ser consultado es algo natural -todas las decisiones comunitarias se toman por medio de la consulta- y es por esto que violar su derecho a la consulta previa es contradecir las bases más importantes de su cultura y tradición.

#### **IV. El Estado panameño y la consulta previa**

Lo primero que debemos señalar al analizar la visión estatal de la consulta previa es que nos encontramos frente a un Estado estructuralmente centralista y constitucionalmente presidencialista. Esta condición hace del Estado panameño un ente con poca vocación por la consulta y una amplia disposición a la imposición.

Frente a ese estado de cultura política, han sido precisamente las exigencias sociales y las presiones internacionales las que han llevado a los gobiernos de turno a ir cediendo espacios de consulta y participación, ya sea por medio de leyes que garantizan estos derechos, por medio de mecanismos que simulan este derecho a consulta o porque la situación los ha obligado a dar esta apertura a la consulta.

En el primero de los casos, toda vez que las leyes son de estricto cumplimiento, los gobiernos ven en la consulta previa un requisito que deben cumplir para poder desarrollar los proyectos y los programas que desean impulsar. En este sentido, a pesar de que se plantea muchas veces la importancia de la consulta previa, no existen evidencias de un real

convencimiento de la importancia de la misma para la gestión pública en la construcción democrática moderna.

En muchos casos, la consulta no se realiza de forma amplia y tampoco de forma informada. Muchas veces, la información se confunde con consulta, lo que desdibuja el sentido real de la consulta en sí, es decir, no se cumple con el análisis previo e informado de la población, para dar su aprobación o no a los proyectos o los programas.

Por otra parte, a pesar de que la ley impone estos mecanismos de consulta previa, los gobiernos buscan mecanismos “legales” para poder obviar en lo posible este derecho a la consulta. Tal es el caso de los estudios de impacto ambiental, donde recientemente se generó una modificación que permite que ciertos proyectos del Estado puedan obviar los estudios de impacto ambiental y basarse en guías de buenas prácticas en el desarrollo de proyectos.

En segundo lugar, algunos gobiernos han generado mecanismos de consulta que simulan una consulta previa. Este fenómeno normalmente ha tenido un trasfondo de fortalecer la imagen gubernamental, de cara a los procesos electorales. Por ejemplo, durante el periodo de gobierno de Martín Torrijos, se implementaron los Consejos Consultivos Comunitarios, los cuales, emulando los Consejos que realizaba Álvaro Uribe en Colombia y que algunos piensan que apalancaron su reelección, intentaban dar participación a los ciudadanos en la elaboración y decisión de los proyectos ejecutables en sus comunidades. Sin embargo, éstos se convirtieron en un mecanismo poco consultivo y extremadamente burocrático, entorpeciendo la ejecución gubernamental y dando un golpe al deseo de participación ciudadana y a la consulta previa.

En este sentido, no podemos dejar de mencionar que, en Panamá, para el 2006, se creó con el apoyo de las Naciones Unidas un Consejo para la Concertación Nacional, cuya función era llegar a acuerdos sobre el desarrollo nacional, con todos los sectores del país. En la actualidad, funciona; sin embargo, su éxito o fracaso dependerá del cumplimiento por parte del gobierno de las propuestas allí consensuadas.

No obstante, la constante que hemos vivido en Panamá en los años recientes, es una visión gubernamental de poca o nula consulta previa, hasta que la explosión social obliga a instituir la misma, revertir leyes y retroceder en acciones.

En el caso de las pueblos indígenas, en especial los del grupo indígena más numeroso, la etnia ngäbe, esto ha implicado serias confrontaciones sociales, por la forma impositiva y poco consultada con que el gobierno ha tratado

de implementar sus políticas, sin el aval de las comunidades y autoridades comarcales, tal como lo plantea la Ley 10 de 1997 que crea la Comarca Ngäbe-Buglé.

Esta postura gubernamental de desconocer los mecanismos de consulta previa puede darse por diferentes factores. En primer lugar, el desconocimiento de la importancia de la consulta previa, libre e informada entre los pueblos indígenas; segundo, por la percepción de la necesidad de impulsar proyectos de explotación o extracción, sabiendo que los mismos no cuentan con el apoyo de los grupos indígenas de las comarcas; tercero, por los intereses económicos que rodean las explotaciones de recursos naturales y minerales, cuyas fuentes se encuentran en territorios comarcales.

En cualquiera de los casos, la visión de crecimiento económico no toma en consideración a los pueblos indígenas, sino que se basa en la necesidad de generar mayores riquezas, por medio de la inversión y la explotación, considerando que, por medio de esta explotación, se garantiza el beneficio social de la mayoría.

Y es en este punto donde la visión del desarrollo del gobierno es opuesta a la visión de vida de los pueblos indígenas. Esto provoca en los gobiernos el error de imponer medidas que luego generan explosiones sociales sin control.

Sólo por ejemplificar: el gobierno actual ha enfrentado tres protestas indígenas de alto nivel, con saldos considerables de heridos y muertos, todas ellas por tratar de imponer modificaciones de la ley que permitían explotaciones mineras sin el consentimiento de los pueblos indígenas, así como el desarrollo de proyectos hidroeléctricos dentro de los territorios comarcales. El resultado de los mismos han sido tres mesas de negociación, el establecimiento de comisiones de trabajo nacidas de los acuerdos con los grupos indígenas, y la derogación de todas las leyes impuestas; más aun: la aprobación de una ley especial que prohíbe la explotación minera en el territorio de la Comarca Ngäbe-Buglé.

En todos los casos, el gobierno ha argumentado los beneficios de las leyes presentadas, y es posible que muchas de las propuestas presentadas fueran positivas; sin embargo, la falta de consulta previa deslegitimó las posibles bondades de las mismas.

Uno de los errores fundamentales que vive la consulta previa es la visión errada, por parte de los gobiernos, de que la consulta previa es un problema electoral. Ese fenómeno no es sólo propio de Panamá, sino también de la

mayoría de los países de América Latina. Se considera a las elecciones un proceso de consulta, en el cual se enviste al ganador de una licencia para tomar, por derecho propio, decisiones por toda la sociedad.

La visión del estado de legitimación de su actuar es mal entendida con una licencia para actuar sin restricción, lo cual, en el caso de Panamá, ha puesto a los intereses de Estado, entiéndase gobierno, en contra de los intereses de los pueblos indígenas y, en algunos casos, de la sociedad.

## **V. El punto de vista empresarial y la consulta previa**

En Panamá, los sectores empresariales siempre han sido un grupo organizado, con influencia directa en las decisiones del Estado y, por ende, un grupo muy receloso de su derecho a la consulta previa. Sin embargo, históricamente, no han tenido una postura en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas a la consulta previa. No obstante, es importante reconocer la beligerancia que han tenido en cuanto a la obligación del Estado de cumplir con las leyes y salvaguardar los derechos de los ciudadanos.

Actualmente el sector empresarial se encuentra en una situación estratégicamente complicada en torno al cumplimiento de la consulta previa de los pueblos indígenas. Por un lado, sus necesidades de mayores fuentes energéticas se ven obstaculizadas por la negativa de los grupos indígenas de permitir, con base en su derecho a la consulta previa, el desarrollo de nuevas hidroeléctricas y las explotaciones mineras y, por el otro, se encuentran con un gobierno que impone medidas y leyes que les afectan, las cuales sólo pueden ser enfrentadas por medio de su derecho a ser consultados y el apoyo de sectores sociales beligerantes, como lo es el sector indígena.

De igual forma, se encuentran bajo la disyuntiva del desarrollo. La situación de la pobreza en los sectores indígenas es el caldo de cultivo de nuevas protestas sociales. El desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y las medidas inconsultas generan un efecto negativo a la inversión privada.

En estos momentos, el sector empresarial apuesta por mantener vías de comunicación abiertas, donde se respete el derecho de todos, en este caso de los pueblos indígenas, a ser consultados de manera efectiva y con interlocutores válidos. En la medida en que se respete el derecho de consulta previa, menos tensión social habrá, por lo que el clima de tranquilidad que se requiere para que aumente la inversión será el adecuado.

Además, un fenómeno que hemos vivido recientemente, es el respaldo de sectores empresariales, sociales e indígenas a luchas nacidas de la falta de consulta previa por parte del gobierno. En los últimos días de octubre de 2012, pudimos ver cómo la Cámara de Comercio de una de las provincias de Panamá respaldó el deseo de la población por derogar una ley aprobada de manera inconsulta, y en este apoyo coincidieron con los grupos indígenas ngäbe de nuestro país, quienes apoyaron solidariamente esta lucha.

Se podría decir que existe una conciencia empresarial de que, en la medida que existan gobiernos que imponen medidas inconsultas e impopulares que afectan sus intereses, en esa misma medida, se requiere de procesos de consulta previa, que, por un lado, impidan imposiciones del gobierno y, por el otro lado, sean un freno y contrapeso a los intereses que le son contrarios. Esto hace que el garantizar este proceso de consulta sea un imperativo para el sector empresarial.

## **VI. Propuesta para conciliar los intereses**

Un punto de partida válido para poder conciliar los intereses tanto del sector indígena como del sector estatal y empresarial, es aceptar la necesidad real de rediseñar la visión del Estado que tenemos. Panamá es un Estado centralista, donde los indígenas son un sector "especial" que ocupa gran parte del territorio, carente de presencia institucional y con los peores indicadores de pobreza del país. La construcción de políticas y su ejecución necesitan participación e inclusión.

Todavía como sociedad no hemos comprendido que somos un Estado multiétnico y pluricultural, donde los indígenas tienen derecho a ser parte de la planificación de su propio desarrollo y que éste no puede estar dissociado del desarrollo del país.

Para ello, se requiere avanzar en un proceso de diálogo nacional inclusivo, donde sentemos las bases para construir una visión compartida del desarrollo, que respete el derecho de todos a ser consultados en torno a las decisiones que afectan nuestra vida y territorio, estableciendo mecanismos de consulta y consenso que sean válidos y respetados por todas las partes.

Esta construcción de visión compartida requiere del establecimiento de mecanismos y procedimientos que permitan a las partes participar en la construcción del consenso, de modo que podamos abordar los temas fundamentales para las partes.

Por ejemplo, un área sensible para todas las partes es la generación de energía. En este sentido, parte de los acuerdos alcanzados entre la dirigencia indígena y el gobierno van encaminados a la suspensión de las concesiones para el desarrollo de proyectos hidroeléctricos en la Comarca Ngäbe-Buglé (alrededor de 30 proyectos de multinacionales hidroeléctricas). Sin embargo, la oposición real de los pueblos indígenas a los proyectos hidroeléctricos no va dirigida a los proyectos en cuanto tales, sino a la cantidad desmedida de proyectos y la afectación por embalses que los mismos generarían. Además de esto, el beneficio que logran las comunidades de estos proyectos es mínimo. El asunto se centra en los beneficios reales de los cuales a la fecha el modelo propuesto excluye a la población local.

Una manera de conciliar esto sería a través de una propuesta consultada con las autoridades y comunidades indígenas para determinar que áreas pueden ser utilizadas para la explotación del recurso agua, causando la menor afectación a las comunidades indígenas y generando el mayor beneficio a la población del territorio.

En el caso específico de la producción hidroeléctrica en el área de la Comarca Ngäbe-Buglé, se acordó crear un fideicomiso para el desarrollo cuya fuente será la operación de explotación del recurso agua. La creación de este fideicomiso fue producto de las luchas de los pueblos ngäbe y buglé.

Por otra parte, es importante que el Estado modifique su forma de actuar y su visión en cuanto a lo que es la consulta previa y su importancia para la gobernabilidad. El método de imponer los proyectos sin consultar a los grupos indígenas ha demostrado su ineficiencia, además de ser contraproducente y muy costoso en vidas humanas y deterioro de la gobernabilidad democrática. El gobierno panameño ha acumulado un desgaste importante por no consultar ciertos proyectos con los grupos indígenas, lo cual pudo haberse evitado, si se seguían los métodos adecuados de consulta previa establecidos por la ley y por la tradición de los diferentes grupos indígenas del país. Para lograr este objetivo, la ratificación por parte de Panamá del Convenio 169 de la OIT sería un paso importante para demostrar su voluntad de establecer mecanismos de consulta adecuados e informados.

Esto parte por un reconocimiento de la consulta previa como condición real, más que formal, para el desarrollo de acuerdos con los grupos indígenas del país. Para ello, los interlocutores de todas las partes deben ser idóneos y las consultas con las comunidades indígenas deben ser efectivas y ceñidas a lo que la tradición y la cultura determinan para las mismas.

En sí, no existe oposición de los pueblos indígenas al desarrollo; es más, los pueblos indígenas desean ser parte y colaborar con el desarrollo del país. En estos momentos, el crecimiento económico de Panamá es superior al 10%; mas, sin embargo, esto no significa nada para los pueblos indígenas, cuyos niveles sostenidos de pobreza extrema son alarmantes e injustos.

Lo que se requiere para superar el estado de exclusión imperante es lograr, a través de una construcción colectiva y comprensiva, que el proceso de desarrollo económico del país incluya a los grupos indígenas, y donde podamos determinar con estos grupos cuál es su mejor opción de inserción en el proceso de crecimiento y desarrollo y qué beneficios reales tendrán los pueblos indígenas de la explotación de los recursos que se encuentran en sus territorios.

Por otra parte, el sector empresarial no puede estar aparte de la discusión del desarrollo de los pueblos indígenas. En primer lugar, la situación socioeconómica de los pueblos indígenas requiere para su mejoría de la inversión privada, pues no es posible sacarlos de la pobreza sólo con la inversión estatal. Sin embargo, la forma y modo de la inversión privada en las comarcas no puede ser como en efecto ha sido en el resto del país; requiere incorporar nuevos elementos de consulta, alianzas estratégicas y responsabilidades con los pueblos indígenas ocupantes del territorio comarcal no sujeto a propiedad privada y normados por legislaciones especiales previamente conquistadas a través de las luchas sociales.

Esta inversión debe ser consultada previamente con los pueblos indígenas, tal como lo señalan sus diferentes leyes comarcales, y debe cumplir con los principios de beneficio y compensación determinados por la jurisprudencia internacional como parte de sus derechos humanos.

Por otra parte, las comarcas indígenas en Panamá presentan un grado de desarrollo precario. Por esto, requieren para superarlo de la inversión planificada sistemática y coherente por parte del Estado.

El Estado, a través del gobierno, tiene la responsabilidad de velar por los pueblos indígenas igual que por el resto de los ciudadanos que integran la nación panameña.

En segundo lugar, sólo con un acuerdo consensuado con todas las partes se podrán generar condiciones de inversión que permitan desarrollar las potencialidades de los territorios indígenas, siempre desde el marco del respeto a la consulta previa, las tradiciones de los pueblos indígenas de Panamá y a la necesidad de mejorar su nivel de vida.

## **VII. Propuesta de procedimiento para realizar un efectivo diálogo y la consulta**

A pesar de que Panamá ha suscrito diferentes instrumentos internacionales que reconocen la consulta previa y que las normas nacionales hacen referencia a este derecho, no existe un procedimiento establecido por ley que indique la forma como esta consulta previa debe ser gestionada.

Los diferentes grupos indígenas en las cinco comarcas establecidas por ley tienen planteado en su cuerpo normativo el derecho a la consulta previa, dejando el procedimiento de la misma, en algunos casos, al Congreso General y, en otros, a un referéndum, cuyo procedimiento no está tampoco definido.

Las leyes determinan el derecho a la consulta previa para casos específicos, lo que hace que el derecho sea restringido.

No hay una unidad de procedimientos de los pueblos indígenas para los efectos de la consulta, y esta heterogeneidad responde a las formas, costumbres y tradiciones que cada uno de estos grupos tiene.

Desde esta visión, debemos distinguir entre el procedimiento necesario para el diálogo que permita conciliar los intereses entre el sector gubernamental, el sector empresarial y los grupos indígenas, y el procedimiento de consulta al cual tienen derecho todos los pueblos indígenas, en las materias que los afectan directamente en sus territorios.

Para iniciar cualquier tema de diálogo con los grupos indígenas, se hace necesario entender el enorme respeto que tienen por sus autoridades tradicionales. La base fundamental de la toma de decisiones de los pueblos indígenas recae sobre estas autoridades. Cada grupo étnico delega en ellas su representatividad y sabe perfectamente quiénes son sus representantes legítimos.

Este mismo concepto de respeto a su autoridad genera que la representación de los otros sectores deba ser del mismo nivel. Recordemos que los representantes de los grupos indígenas son sus autoridades máximas, por lo que quien representa a los otros sectores en el diálogo debe estar investido de similar representatividad.

Una vez se definen los participantes del diálogo, es importante establecer procesos y normas básicas para gestionar un diálogo y una consulta exitosa. Podemos mencionar algunas condiciones que sustentan esta afirmación.

- a. El diálogo debe ser de buena fe. Para ello, cada una de las partes debe determinar qué mecanismos utilizará para llegar a consensos, siempre respetando las diferencias culturales y sociales de las partes, siendo equitativo en la forma de llevar el diálogo, sin imposiciones ni secretos.
- b. Ninguna de las partes debe adoptar mecanismos de coerción o intimidación, que puedan viciar los acuerdos que se puedan alcanzar.
- c. Cada una de las partes debe proporcionar toda la información requerida, de forma amplia, sistemática, oportuna y transparente.
- d. Las partes deben contar con el consentimiento previo necesario para llegar a acuerdos y/o validar los que sean necesarios.

Con estas reglas básicas, se puede instituir un proceso de diálogo que logre acuerdos respetados por las partes; los mismos deben ser consultados previamente con los grupos indígenas, de modo que se convalide lo pactado con los sectores estatales o empresariales.

La experiencia ha generado desconfianza en los pueblos indígenas a raíz del incumplimiento de los acuerdos alcanzados; en este sentido, el contar con una ley que le dé carácter de cumplimiento obligatorio al acuerdo con los grupos indígenas sería un paso en la dirección correcta.

Dada la multiplicidad de mecanismos tradicionales de consulta que presentan los pueblos indígenas de Panamá, el determinar un organismo que se encargue de organizar y facilitar el proceso de consulta previa, siempre salvaguardando y respetando los procedimientos tradicionales establecidos para cada grupo étnico, de una forma culturalmente correcta, representa otro avance significativo en la validación de procesos de consulta previa y facilitaría su implementación.

La gestión de un proceso como éste requiere:

- a. Un censo de la población indígena a consultar y costear la consulta.
- b. Difundir de manera culturalmente correcta y con el tiempo debido las propuestas a ser consultadas.
- c. Apoyar a las autoridades tradicionales en la ejecución de la consulta, siempre dentro del marco del respeto a las costumbres y las tradiciones del grupo indígena consultado.

- d. En los casos que lo requiera, apoyar el proceso de diálogo intercultural, de modo que el mismo se realice de la forma adecuada, respetando las diferencias culturales entre las partes.

El proceso de consulta previa debe, además, garantizar que se reconozcan y respeten los principios fundamentales de la propia consulta, de modo que las partes sientan que el producto de la misma representa un acuerdo real, garantizado, nacido de diálogo y consensos, que satisfagan en lo posible a las partes, de modo que los acuerdos sean cumplidos sin que las partes se sientan agraviadas por los mismos.

### **VIII. Desafíos a enfrentar**

Son múltiples los desafíos que se deben superar para poder llegar a establecer un proceso de consulta previa adecuada con los pueblos indígenas de Panamá; entre ellos, podemos mencionar los siguientes:

- a. El primer desafío y quizás el más importante es lograr una re-evaluación de la visión del Estado, en la cual se reconozcan los derechos de los pueblos indígenas y se les incluyan como son parte importante de la nación.
- b. El segundo desafío está representado en la aceptación política social de la relación indisoluble que hay entre los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa. Además, el respeto a sus costumbres y tradiciones apunta a reconocer su derecho a ser consultados en cuanto a aquellas materias que pueden afectar su modo de vida, su tierra y su identidad.
- c. Reconocer que los pueblos indígenas presentan brechas en el proceso de desarrollo que deberán ser saldadas para poder mejorar sus condiciones de vida.
- d. Evitar imposiciones y consensuar visiones de desarrollo, respetando las particularidades de las partes involucradas.
- e. Lograr, por parte del gobierno, el reconocimiento de los diferentes instrumentos internacionales que garantizan el derecho a la consulta previa, específicamente, en el caso de Panamá, el Convenio 169 de la OIT.
- f. Otro de los retos a superar es la falta de diálogo real entre los sectores empresariales del país y los grupos indígenas. En muchos casos, las malas prácticas de grupos privados que han intentado invertir en

las comarcas, han generado un recelo por parte de los diferentes grupos indígenas, los cuales no ven con suficiente confianza al sector empresarial y no lo identifican como un aliado en su propio desarrollo. La inversión privada es necesaria para que las comarcas puedan generar crecimiento y recursos para su desarrollo.

- g. Es necesaria la institucionalización de la consulta previa como una práctica que genera gobernabilidad. El reto para los gobiernos está en comprender que, en la medida que consultamos no sólo a los pueblos indígenas, sino a todos los sectores sociales del país, generamos estabilidad y gobernabilidad, lo que se traduce en mayor efectividad y reconocimiento, elementos fundamentales para un buen gobierno.

Sin embargo, el desafío más importante que se debe enfrentar es la construcción de confianza social. Durante muchos años, los pueblos indígenas han tenido que lidiar con las promesas no cumplidas y acuerdos violados por parte de los sectores gubernamental y empresarial. De igual forma, en los últimos años, la primera respuesta que encuentran cada vez que salen a reclamar por su derecho a ser consultados, a ser oídos, es la represión policial. Esta política ha llevado al convencimiento de que sólo los mecanismos de negociación basados en la fuerza logran resultados adecuados.

La forma que perciben como válida para que se respeten los acuerdos, es por medio de mantener posturas radicales y beligerantes. En ese sentido, la sociedad panameña se ha convertido en una sociedad de zozobra, donde la posibilidad de acuerdos depende de la fuerza con que los defiendan. Allí se encuentra el verdadero reto de la consulta previa: lograr que la misma sea el mecanismo que nos permita recobrar la confianza social.

## Bibliografía

Antkowiak Thomas y Alejandra Gonza. "El derecho a la consulta en las Américas: Marco legal internacional". La Paz, Bolivia. *Revista Aportes DPLF*, No 14, año 3, septiembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Yakye Axa y Sawhoyomaxa vs. Paraguay y el del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (sentencia del 28 de noviembre de 2007).

Cuéllar Miguel. Ponencia "Situación actual de los pueblos indígenas de Panamá". Primer Congreso de Autoridades Indígenas de Panamá, Río Hato, Panamá, octubre 3, 2011.

Constitución Política de la República de Panamá, Texto Único; Gaceta Oficial No. 25176 del 15 de noviembre de 2004. Recuperado el 19 de octubre de 2012 de: <http://www.epasa.com/constitucion/constitucion.pdf>.

Panamá. Ley 41 del 1 de julio de 1998. *Ley General del Ambiente de Panamá*. Gaceta Oficial No. 23578 del 3 de julio de 1998. Recuperado el 30 de octubre de 2012 de: [www.asamblea.gob.pa/main/LegispanMenu/ColecciónDigitaldeGacetasOficiales.aspx](http://www.asamblea.gob.pa/main/LegispanMenu/ColecciónDigitaldeGacetasOficiales.aspx).

Panamá. Ley 6 de 2002 sobre la Transparencia en la Gestión Pública. Gaceta Oficial No. 24.476 del 23 de enero de 2002. Recuperado el 10 de octubre de 2012 de: <http://www.atp.gob.pa/archivos/pdf/ley6.pdf>.

Valdivia, Cristina. *Diagnóstico de la situación de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas de Panamá, Tomo II Caso Panamá*. OACNUDH-Oficina Regional para América Central, año 2011.



# **LOS DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ**

*Mirva Aranda Escalante*





# LOS DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

Mirva Aranda Escalante<sup>1</sup>

## Resumen

En el Perú, de acuerdo con las normas internacionales y nacionales vigentes, el Estado tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas o normativas que los afecten. A pesar de que esta obligación está vigente desde 1995, este derecho de los pueblos indígenas aún no ha sido implementado. Sin embargo, el incremento de conflictos socioambientales ha llevado a que en los últimos años se empiece a tomar medidas concretas para poder realizar las acciones de consulta, como, por ejemplo, la aprobación de la Ley de Consulta Previa -en el 2011- y su respectivo reglamento.

En cuanto a los actores principales, los pueblos indígenas han exigido en los últimos años que se cumplan las obligaciones que tiene el Estado respecto de sus derechos y, más recientemente, han planteado sus críticas a la Ley de Consulta y su reglamento por una serie de vacíos que reseñamos en el artículo. En el caso del Estado, existe en el gobierno actual una corriente a favor de la implementación del marco jurídico sobre derechos de los pueblos indígenas; sin embargo, se trata aún de iniciativas en construcción y que, en muchos casos, no cuentan con recursos ni con el respaldo político suficiente para concretarse.

Finalmente, las empresas mineras, que son las empresas que tienen mayores conflictos con las organizaciones indígenas, no han mostrado a la fecha una opinión favorable a la implementación de la consulta previa y, más bien, han recurrido a culpar a actores externos (organizaciones no gubernamentales, movimientos políticos, etc.) por las protestas de las comunidades. Frente a este panorama, nosotros proponemos que se recupere el rol central del Estado en la regulación de la inversión y para garantizar la protección de los derechos, no solamente de los pueblos indígenas, sino de todos los ciudadanos peruanos.

## I. Introducción

La consulta previa es un derecho humano que tienen los pueblos indígenas para hacer valer sus otros derechos, en el marco de su relación con el Estado. Este derecho es uno de los tantos que los Estados les han reconocido a los pueblos indígenas a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En ese sentido, en esta sección, queremos reseñar cómo ha sido el proceso de implementación de dicho derecho en el ordenamiento del Perú.

---

1 Este artículo ha sido elaborado gracias a la valiosa colaboración de Diana Álvarez y Carlos Elguera.

El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en nuestro país mediante la Ley N° 26253 del 2 de septiembre de 1993. Posteriormente, fue ratificado por el Congreso el 17 de enero del 1994 y entró en vigencia un año después, es decir, el 2 de febrero de 1995. Consiguientemente y según nuestra propia Constitución, estas disposiciones son exigibles desde el año 1995, formando parte de nuestro ordenamiento interno y teniendo rango constitucional.

Sin embargo, recién el 23 de agosto del año 2011, el Congreso peruano aprobó por unanimidad la Ley de Consulta Previa, que desarrolla este derecho contenido en el Convenio 169.

Esta ley fue producto de la preocupación del Estado por la aparición de conflictos que desencadenaron en hechos violentos. Dentro de esta gama de conflictos surgidos, destacamos dos que a nuestro parecer aceleraron el proceso de aprobación de la ley; éstos son: el enfrentamiento en Bagua entre los pueblos indígenas y efectivos de la Policía Nacional (6 de junio del 2010) y las movilizaciones de las comunidades quechuas y aymaras en Puno en contra de la minería (mayo de 2011).

Estos conflictos no sólo dieron cuenta a la sociedad civil y al Estado de la existencia de un descontento social por las políticas públicas adoptadas, sino que trajeron a la luz temas mucho más profundos, como las diferentes visiones de desarrollo que tienen los pobladores de estas zonas. Esto, a su vez, evidenció que esas poblaciones tenían características particulares debido al arraigo a su cultura ancestral, ya que son, en su mayoría, pueblos indígenas.

En este contexto, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSEP) interpone una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) para que cumpla con el Convenio 169 de la OIT y adecúe sus normas al tratado. Esta demanda llega al Tribunal Constitucional (TC) como un Recurso de Agravio Constitucional. En junio de 2010, el TC emite sentencia ordenando al MINEM que apruebe un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas de conformidad al Convenio 169 de la OIT. Asimismo, exhorta al Congreso de la República para que, dentro de sus competencias, culmine con el trámite de promulgación de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

Cabe resaltar que esa sentencia del TC (STC 03343-2007-PA/TC) es la primera en señalar la importancia de la diversidad cultural y reconocer que existen distintos modelos de desarrollo cuando hablamos de los pueblos indígenas.

Esta sentencia afirma que la “tolerancia a la diversidad” es un valor inherente a la Constitución y que debe evitarse toda “fuerza homogeneizadora que no respete las singularidades de las personas<sup>2</sup>”.

Posteriormente, en el año 2009, con la sentencia del caso de la Cordillera Escalera (Exp. N° 03343-2007-PA/TC), el TC, en los párrafos 32 y 33, reconoce que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es la “base” para el derecho a la consulta previa:

*“32. (...) Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales.*

*33. Esta libre determinación (...) sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa<sup>3</sup>”.*

Esta confirmación que hace el TC en la sentencia del caso Cordillera Escalera resulta sumamente trascendental, puesto que recoge los estándares internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). Sin embargo, las sentencias que le sucedieron no se han vuelto a pronunciar sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas<sup>4</sup>, salvo la recientemente emitida respecto a la comunidad nativa Tres Islas. En esta última sentencia, se retoma el tema de la libre determinación y se afirma que las comunidades tienen la facultad de decidir sobre el uso de su territorio e, inclusive, impedir el ingreso de terceros al mismo, por lo que se podría estar empezando a configurar una jurisprudencia más progresista que la que se ha tenido hasta la fecha por parte de este Tribunal.

Por su parte, en cumplimiento a la primera sentencia emitida por el TC, el MINEM emite el “Reglamento de procedimiento para la aplicación del derecho a la consulta a los pueblos indígenas para las actividades minero energéticas”,

2 Comisión Andina de Juristas. *Lineamientos para una agenda pública en derechos de los pueblos indígenas*. Lima: KAS.

3 Ver también: Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafo 8.

4 Para un análisis profundo de la historia y desarrollo de la jurisprudencia del TC en materia de interculturalidad, ver: Landa, César. “Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. Tomo 39, setiembre de 2011, 73-81.

mediante el Decreto Supremo N° 023-2011-EM. Posteriormente, como ya mencionamos, el Congreso de la República aprueba la Ley de Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, la cual deroga el reglamento del Ministerio.

## **II. Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT**

El Perú es el primer país -y hasta el momento el único- en regular en el nivel interno el Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta previa en Latinoamérica. Esta ley del derecho a la consulta no es la pionera en el nivel nacional en regular dicho tema, ya que debemos recordar que el Ministerio de Energía y Minas reglamentó el procedimiento de consulta previa en sus ámbitos de competencia, en el D.S. 023-2011-EM. Dicho reglamento fue materia de controversiales comentarios de los diversos sectores afectados por esta ley; de manera particular, fue criticado por los procedimientos que planteaban para realizar la consulta y porque no respetaba los estándares internacionales y estaba más orientado a brindar información que a consultar realmente a los indígenas.

Por su parte, el contenido de la promulgada Ley del Derecho a la Consulta Previa, si bien contó con un fuerte respaldo de los movimientos y organizaciones indígenas del país en su momento, no ha dejado de ser cuestionado a la luz del DIDH. Se procederá a analizar su contenido en los siguientes apartados de este capítulo.

### **¿Quiénes deben de ser consultados? Existencia de criterios restrictivos de identificación.**

Tanto la Constitución Política como la legislación en el Perú, al referirse a los pueblos indígenas, han utilizado diversas denominaciones, dándoles, a su vez, un diferente tratamiento jurídico a distintos colectivos que, a la luz del DIDH, calificarían como titulares de derechos indígenas.

**Tabla 1. Comparación de denominaciones en diversas leyes**

<b>Definición Jurídica</b>	<b>Denominación</b>
Ley N° 22175 (1978) Artículo 8	Comunidades nativas o amazónicas.
Ley N° 24656 (1987) Artículo 2	Comunidades campesinas o andinas.
Ley N° 28736 (2006) Artículo 2.b	Pueblos en aislamiento voluntario.
Ley N° 28736 (2006) Artículo 2.c	Pueblos en contacto inicial.
Ley N° 27908 (2002) Artículo 1 La Ley de Rondas Campesinas (Ley N° 27908) señala, en su artículo primero, que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas se aplican a las rondas campesinas en cuanto les corresponda y favorezca.	Rondas campesinas.

**Fuente:** Elaboración propia.

Recordemos que, de acuerdo con los artículos 1.1.b) y 1.2 del Convenio 169 de la OIT, se establecen criterios de identificación para pueblos indígenas de naturaleza tanto objetiva (un hecho actual y un hecho histórico) como subjetiva (autoidentificación). Específicamente, el artículo 1 señala lo siguiente:

*"Artículo 1.1. El presente Convenio se aplica: (...) b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

*2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio. (...)."*

A la luz de estos criterios de identificación, se puede afirmar que el Estado peruano no cuenta aún con una ley marco que englobe a todos los grupos colectivos y que permita identificar a los pueblos indígenas tal como lo hace el Convenio 169 de la OIT. Todo lo contrario: solamente se cuenta con legislación dispersa enfocada en grupos colectivos definidos de acuerdo con su ubicación geográfica.

La Ley del Derecho a la Consulta Previa establece criterios adicionales a los establecidos en el Convenio 169 de la OIT, con lo cual, según opinan algunos especialistas y las organizaciones indígenas peruanas, se estaría restringiendo la posibilidad de titularidad de derechos indígenas a colectivos que cumplirían los criterios establecidos en el mencionado instrumento internacional. Así, a partir de una comparación entre ambos, los siguientes criterios objetivos exigidos por la ley no lo serían para el derecho internacional de los pueblos indígenas:

- Descendencia directa de poblaciones originarias del territorio nacional.
- Patrones culturales y modos de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.

Cabe recordar que, según el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT, se deberá interpretar esta norma del modo que resulte más favorable a los derechos de los pueblos indígenas y, en todo caso, preferir los criterios menos restrictivos.

Por otro lado, al igual como ha quedado establecido por el derecho internacional de los pueblos indígenas, el fundamento 23 de la sentencia recaída en el Expediente 0022-2009 del TC consagra la posibilidad de consultar no sólo a aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo determinadas actividades, sino, por ejemplo, también a los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados de forma indirecta<sup>5</sup>.

5 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010 “23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado con la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra, se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no sólo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino, por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados”.

## ¿Quién debe consultar? Confundiendo una obligación del Estado con las relaciones comunitarias de las empresas

Tal como afirma la CIDH:

*"La realización de los procesos de consulta es una responsabilidad del Estado, y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión. En muchos países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización de facto de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias. La consulta con los pueblos indígenas es un deber de los Estados, que debe ser cumplido por las autoridades públicas competentes"<sup>6</sup>.*

En efecto, son los Estados los que tienen la responsabilidad de realizar los procesos de consulta con los pueblos indígenas que se encuentran en su territorio. Sin embargo, y a pesar que ni el Convenio 169 de la OIT, ni algún instrumento internacional sobre los derechos indígenas establece que sea la empresa la responsable de la consulta, el Tribunal Constitucional Peruano ha considerado y sentenciado en contrario, admitiendo tal posibilidad en una de sus sentencias. Sin embargo, no ha vuelto a retomar tal postura.

En la sentencia del caso AIDSESEP I (Exp. N° 06316-2008-PA/TC), ha considerado que el derecho a la consulta previa debe ser puesto en práctica gradualmente por las empresas involucradas<sup>7</sup>. Posteriormente, en una Resolución de Aclaración sobre el mismo expediente, buscó desarrollar aún más ese punto. Así, dispuso que sea posible derivar esta obligación a terceros, supuesto en el cual el Estado ocupará un rol de supervisión<sup>8</sup>.

6 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 Aprobado el 30 de diciembre de 2009 y publicado en el 2010, párrafo 291 (resaltado nuestro). Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.

7 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 06316-2008-PA/TC. 11 de noviembre de 2009, párrafo 30.

8 Tribunal Constitucional Peruano. Resolución de Aclaración del Exp. N° 06316-2008-PA/TC. 24 de agosto de 2010, párrafo 5.

En su sentencia del caso Tuanama I (Exp. N° 0022-2009-PI/TC), el TC indicó que es el Estado el responsable de llevar adelante los procesos de consulta<sup>9</sup>. Esta obligación eminentemente estatal ha sido reiterada también por la Ley del Derecho a la Consulta Previa, en su artículo 3.

### **¿Cuándo debe de realizarse la consulta? Camino a cumplirse los estándares internacionales respecto a las medidas a consultar**

En la sentencia del caso Tuanama I<sup>10</sup>, el TC diferenció tres tipos de medidas legislativas susceptibles de ser materia de consulta: (i) aquéllas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas; (ii) aquéllas de alcance general que producirían efectos indirectos en los pueblos indígenas y (iii) aquellas medidas legislativas en las que determinados temas que involucren una legislación de alcance general requieran establecer en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. Con ello, el TC estaría señalando que aquellas medidas de alcance general que no implicaran una afectación directa para los pueblos quedarían eximidas del proceso de consulta.

Establecer una clasificación cerrada de medidas legislativas a ser consultadas, restringía la posibilidad que tienen los propios pueblos de señalar si una determinada medida, por más que sea de alcance general, pueda afectarlos. Posteriormente, esta prerrogativa de los pueblos ha sido recogida por el artículo 9 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa.

Del mismo modo, el TC ha señalado que pueden haber excepciones al carácter previo de la consulta sobre una determinada medida legislativa o administrativa<sup>11</sup>. Sin embargo, el TC no señala cuáles serían esas excepciones al derecho de consulta ni justifica la posible creación de excepciones no establecidas en el DIDH.

Frente a ello, es importante señalar que si la consulta no se realiza de manera previa, simplemente nos encontraríamos frente una vulneración del derecho, viéndose el Estado obligado a cumplir con su deber de reparar. El carácter de oportunidad de la consulta resulta fundamental para la validez del proceso consultivo como tal.

9 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafo 14-18.

10 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafos 19-23.

11 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafo 36.

## ¿Cómo se realiza el proceso consultivo?

En la sentencia del caso Tuanama I<sup>12</sup> y, posteriormente, en el caso AIDSESP II<sup>13</sup>, se recogieron características mínimas de todo proceso consultivo. El siguiente cuadro grafica los puntos en los cuales hay una concordancia con los estándares internacionales.

**Tabla 2. Concordancia del Tribunal Constitucional con estándares internacionales**

Concordancia del TC con el DIDPI	Contenido y/o fundamento
<b>Principio de buena fe</b>	A través de este principio, se busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado o interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 27).
<b>Flexibilidad</b>	La consulta debe ser llevada a cabo de manera “apropiada a las circunstancias”, razón por la cual debe tomarse en cuenta la diversidad de los pueblos indígenas y sus costumbres (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 31).
<b>El objetivo de alcanzar un acuerdo</b>	El acuerdo aparece como un objetivo, mas no como un requisito para que el Estado pueda tomar una decisión. (STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33).

**Fuente:** Elaboración propia.

Sin perjuicio de las concordancias previamente señaladas, es importante recalcar que no ha habido pronunciamiento respecto a si la metodología de la consulta debería ser realizada con participación de los pueblos indígenas.

## ¿Cuáles son los principios que contempla la ley para el desarrollo del proceso de consulta?

La Ley de Consulta Previa dispone que la consulta deba hacerse respetando los siguientes principios:

- Oportunidad: es decir que debe ser realizada en forma previa a la adopción de medidas que les afecten directamente.

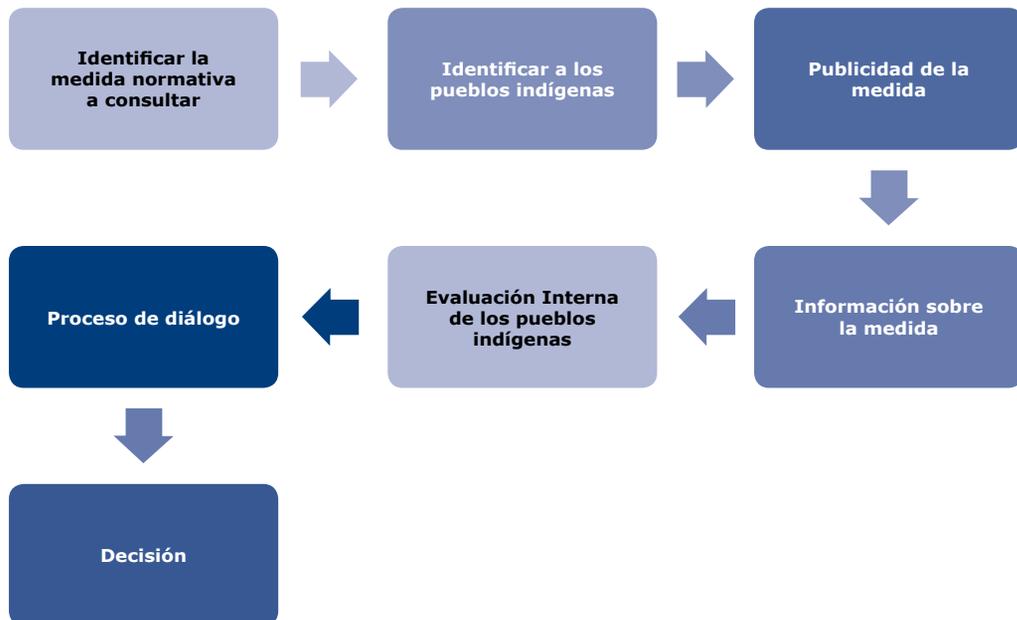
12 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010, párrafos 27, 31 y 33.

13 Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010, párrafo 60.

- Interculturalidad: menciona que la consulta debe ser realizada respetando las diferencias entre las culturas.
- Buena fe: el proceso de análisis de posiciones debe darse en un clima de confianza.
- Flexibilidad: el proceso debe tomar en cuenta las circunstancias y las características especiales de los pueblos indígenas a consultar.
- Plazo razonable: se debe realizar el proceso en un plazo que permita a los pueblos indígenas reflexionar y realizar propuestas sobre la medida consultada.
- Ausencia de coacción o condicionamiento: es decir que la participación de los pueblos indígenas debe ser libre y sin condicionamiento alguno.
- Información oportuna: los pueblos indígenas deben recibir toda la información sobre las medidas a ser consultadas; cabe resaltar que esta información debe ser proporcionada desde el inicio de la consulta.

De otro lado, se ha diseñado un proceso, que se puede resumir en el siguiente gráfico:

**Gráfico 1. Proceso de la consulta previa**



**Fuente:** Elaboración propia con base en lo dispuesto en la Ley de Consulta Previa.

- 1.- Identificación de las medidas objeto de la consulta.- Es la entidad estatal la que debe identificar, bajo su responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tengan una relación directa con los derechos colectivos; sin embargo, organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden pedir que se les consulte alguna medida que crean les afecte directamente.
- 2.- Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.- La entidad estatal promotora de la medida a consultar identificará a los sujetos a consultar.
- 3.- Publicidad de la medida legislativa o administrativa.- Las entidades promotoras de la medida a consultar deben ponerla en conocimiento de los representantes de los pueblos indígenas a consultar.
- 4.- Información sobre la medida legislativa o administrativa.- La entidad estatal deberá brindar información de la medida a consultar a los pueblos indígenas desde el inicio del proceso.
- 5.- Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios.- Los representantes de los pueblos indígenas deben contar con un plazo razonable para analizar la medida a consultar y los alcances que ésta tiene en relación con sus derechos.
- 6.- Proceso de diálogo intercultural.- Se deben tomar en cuenta las sugerencias y recomendaciones que los pueblos indígenas formulen; todas las opiniones del diálogo deben quedar en un acta de consulta.
- 7.- Decisión.- Finalmente, la decisión final sobre la medida consultada la tiene la entidad estatal competente; sin embargo, dicha decisión debe estar debidamente motivada. De haber llegado a un acuerdo entre las partes, el mismo tiene que ser de carácter obligatorio para ambas partes.

Este es, a grandes rasgos, el procedimiento de la consulta previa. Cabe destacar que en todo momento se debe tener en cuenta la diversidad cultural y, por ende, lingüística de los pueblos indígenas; por ello, estos procesos deben contar con el apoyo de intérpretes.

## ¿Cuál es la entidad encargada de llevar a cabo del proceso de consulta?

La entidad competente para realizar la consulta es la misma que promueve la medida a consultar y que debe asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas.

Finalmente, la ley nos plantea la figura del órgano técnico especializado en materia indígena por el Poder Ejecutivo; esta función ha sido designada al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura y tendrá como funciones concertar y coordinar políticas estatales de implementación del derecho a la consulta, brindará asistencia técnica a los pueblos indígenas y a las entidades estatales, mantendrá un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas, emitirá opinión sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas a ser consultadas, entre otros.

### Los efectos de la consulta: ¿El carácter vinculante de la consulta?

Si bien el TC no se ha pronunciado expresamente sobre el carácter vinculante del resultado de un proceso consultivo, la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa sí lo ha hecho, específicamente en su artículo 15, señalando lo siguiente:

#### *"Artículo 15.- Decisión*

*La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.*

*El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado*

*del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.”*

### **El derecho de consentimiento en el ordenamiento jurídico peruano: ¿Se recogen los supuestos en los que el Estado está obligado a obtener el consentimiento de los pueblos indígenas?**

Entre los cinco proyectos de ley sobre el derecho a la consulta que se sometieron a debate en el pleno del congreso el 23 de agosto de 2011, sólo uno de ellos estipulaba que existen determinados supuestos en los que el Estado se encontraría obligado no sólo a consultar, sino a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas<sup>14</sup>. La consagración de los supuestos de consentimiento hubiera representado un gran avance frente a la brecha de implementación existente de los derechos indígenas en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el texto sustitutorio de ley finalmente promulgado omitió pronunciarse al respecto.

De esta forma, en la Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa no se señala que el Estado no puede tomar una decisión sin el consentimiento de los pueblos interesados en los casos establecidos por el derecho internacional de los pueblos indígenas, como: traslados poblacionales, megaproyectos que puedan afectar su integridad o condiciones de subsistencia y almacenamiento o desecho de sustancias peligrosas o tóxicas, entre otras.

### **III. Decreto Supremo N° 001-2012-MC. Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT**

A comienzos del mes de abril de este año (2012), el Ministerio de Cultura emitió el reglamento de la Ley de Consulta Previa. Para la aprobación de este reglamento, se conformó una comisión multisectorial, en la que participaron como titulares los mismos ministerios y en la que también participaron al menos cinco organizaciones indígenas.

Ciertamente, no todas las organizaciones han apoyado la elaboración de este documento, dado que, antes de reglamentar la Ley de Consulta Previa, lo que pedían era reevaluar y modificar algunos artículos de la misma ley. En todo caso, retomaremos esta discusión más adelante.

<sup>14</sup> El derecho de consentimiento ha pasado desapercibido por los comentaristas de los proyectos de ley del derecho a la consulta. Ver: Bermúdez, Lelly. "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas". En: Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia. Tomo 39. Septiembre de 2011:21-25 y Bermúdez, Manuel. "Análisis del manejo del desarrollo legislativo y temático de la consulta a pueblos indígenas". Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia. Tomo 39. Setiembre de 2011, 27-40.

Este reglamento describe una serie de procedimientos que complementarían la ley peruana de consulta previa e indica su ámbito de aplicación. Así, tenemos que se aplica en: (i) las medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que lo conforman; (ii) medidas legislativas, entendiéndose como tales a los decretos que se emitan conforme con el artículo 104 de la Constitución; y (iii) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo<sup>15</sup>.

Sobre el procedimiento, se señala que existen algunas etapas, las cuáles son las siguientes: (i) etapa de identificación de la medida a consultar, que fija el inicio del proceso; (ii) etapa de publicidad de la medida; (iii) etapa de información; (iv) etapa de evaluación interna; (v) etapa de diálogo, y (vi) etapa de decisión. Además, el reglamento fija 120 días calendario como plazo para realizar todas las etapas<sup>16</sup>.

Sin embargo, lo más importante de este reglamento es que señala que, de alcanzarse un acuerdo en el proceso de consulta, sea este parcial o total, tendrá un carácter de obligatorio y vinculante entre las partes, es decir, entre el Estado y los pueblos indígenas. Asimismo, señala que, si no se llegase a ningún acuerdo, la entidad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta puede emitir dicha decisión consultada, pero siempre tomando en cuenta las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus vidas y derechos conexos.

Por otro lado, el reglamento reconoce que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es la entidad estatal encargada de implementar el derecho a la consulta, el que, entre otras funciones elabora, consolida y actualiza la base de datos oficial sobre los pueblos indígenas y lleva el registro de sus respectivas organizaciones; lleva el registro del resultado de las consultas realizadas y brinda asesoría a la entidad responsable de ejecutar la consulta<sup>17</sup>.

Una primera idea con la que podemos concluir esta sección es que el Estado se debe ceñir a un proceso de diálogo, de construcción y de aprendizaje mutuo, proceso en el cual ambas partes harán intercambio de conocimientos, de información, de intereses y, de alguna manera, harán concesiones y cambios a sus comportamientos o formas de ser, estar o pensar. Es decir, consideramos que este proceso de consulta es un proceso de diálogo en tanto las partes no

15 Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe Implementación del proceso de consulta previa, libre, informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República*. Lima: 2012.

16 Ídem.

17 Ídem.

se limitan a dar información una a la otra y sólo hacer charlas o audiencias públicas, sino que, por el contrario, se trata de un intercambio de escucha activa, participativa, en el cual se expondrán las ideas e intereses intrínsecos de cada una de las partes; este proceso busca y tiene como finalidad llegar a una avenencia entre los participantes.

Por otro lado, es un proceso de construcción, pues se basará o inspirará en crear relaciones directas de contacto para generar confianza, representatividad y participación, lo cual toma un plazo progresivo; finalmente, decimos que se trata de un proceso de aprendizaje en tanto las personas adquieran conocimientos, habilidades y actitudes (incluiremos aquí creencias y valores).<sup>18</sup>

Finalmente, consideramos que el derecho a la consulta previa es un proceso que busca la inclusión en la gestión y desarrollo de políticas públicas, entre otras, a los pueblos indígenas u originarios.

#### **IV. El punto de vista indígena**

En esta sección, se va a realizar una reflexión sobre la postura que tienen las poblaciones indígenas peruanas sobre la consulta previa. Para lograr esto, hemos realizado entrevistas a representantes de algunas organizaciones indígenas con sede en la capital, Lima.

##### **A. La consulta previa para las organizaciones indígenas**

Para las organizaciones indígenas, la consulta previa es un derecho que ha sido ganado a favor de los pueblos indígenas desde hace muchos años, esto con la sola emisión del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, consideran que ha existido de parte de los Estados bastante indiferencia respecto a su cumplimiento, que se ha preferido relegar sus derechos por dar preferencia al de otros, como el de los inversionistas y las empresas.

*"Es un derecho que los pueblos indígenas lo tenemos ganado desde hace muchos años. El tema es que no se cumple en el caso del Perú"<sup>19</sup>.*

En ese sentido, este derecho debe ejercerse cada vez que el Estado vaya a dictaminar cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar a los pueblos indígenas.

<sup>18</sup> Anchante, 2011.

<sup>19</sup> Luz Gladys Vilá Pihue, presidente de la organización indígena Organización Nacional de Mujeres Indígenas Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP). Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

*"La consulta es un derecho que viene desde el Convenio 169, es un derecho ser consultados sobre cualquier medida administrativa o legislativa que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas"<sup>20</sup>.*

Una característica primordial sobre la consulta previa que consideran relevante los representantes de las organizaciones indígenas, y en la que coinciden, es que debe regirse por un diálogo intercultural y con buena fe. Esto es que el Estado realmente pueda asegurar que en la práctica se van a aplicar estos principios, lo que, según las organizaciones indígenas, es fundamental para llegar a un verdadero entendimiento.

*"La consulta es un procedimiento de diálogo intercultural de buena fe del Estado y de los pueblos"<sup>21</sup>.*

En el mismo sentido, consideran que este proceso de implementación de la consulta previa en el Perú es importante, ya que permitirá que las comunidades indígenas, las autoridades y las empresas tengan una vía por la cual puedan expresar sus necesidades e intereses. De este modo, se puede llegar a un entendimiento adecuado para el mejor desarrollo de la inversión de la mano con el acuerdo y el beneficio de la comunidad.

*"La utilidad sería que sepan cuáles son esos saberes y pensares del modelo de desarrollo que tenemos nosotros"<sup>22</sup>.*

Asimismo, consideran como útil la implementación de la consulta previa en el Perú, como una manera de uniformizar los procesos o procedimientos que se deben realizar para llevar a cabo una consulta. De ese modo, todas las instituciones que tengan que ser los entes rectores de este procedimiento tendrán una guía común.

*"Es necesaria la implantación de la ley para regular los adecuados mecanismos y procesos para que pueda ser bien implementada por todos los organismos, sino cada uno tendría una forma distinta"<sup>23</sup>.*

---

20 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

21 Felipe Cortez, líder indígena representante de la organización indígena Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI). Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

22 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

23 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Este comentario es bastante adecuado, ya que consideramos que es necesario tener todo un procedimiento que pueda dar parámetros, vigilar y controlar la discrecionalidad de las acciones de las instituciones encargadas de la consulta. Si bien es cierto que cada proceso de consulta será o tendría que ser único por las características específicas de las poblaciones involucradas, así como por la envergadura de la decisión que se desee implantar, se debe tener un mínimo común o base de procedimientos adecuados para realizar la consulta.

Por ello, estas organizaciones indígenas consideran que los principales protagonistas deben ser las comunidades de la mano con el Estado. Es decir, consideran que debe ser el Estado el protagonista de este proceso de consulta, ya que es él que debe dirigir este proceso por ley y por consenso social. Del mismo modo, las comunidades deben ser principales en este proceso de consulta, pues se trata de tomar en cuenta sus puntos de vistas y hacerlos partícipes de las tomas de decisiones del Estado que les puedan afectar de algún modo.

*"Es obligación del Estado cumplir las obligaciones internacionales, es él quien debe ser el protagonista de la consulta"<sup>24</sup>.*

*"El Estado es el que tiene que ser el protagonista del proceso de la consulta previa como el que dirige el proceso, así también las comunidades y el sector empresarial"<sup>25</sup>.*

*"Los protagonistas deben ser el Estado y los pueblos indígenas a través de las organizaciones representativas, no la empresa. Nosotros no aceptamos los procesos de consulta que se hagan con las empresas"<sup>26</sup>.*

Como vemos en una de las opiniones brindadas por las organizaciones indígenas, señalan su expreso rechazo a aquellos procesos de "consulta" en los que el mayor protagonismo lo tiene la empresa. Esto debido a que la obligación -como ya se ha mencionado- no es del sector privado, sino del estatal. Este rechazo podría provenir de la experiencia anterior, en la cual, en el proceso de otorgamiento de concesiones, se ha argumentado que sí se ha consultado a los afectados, al haberse aplicado los mecanismos de participación ciudadana que se plantean en la normatividad de cada subsector.

24 Felipe Cortez, líder indígena representante de la organización indígena CONACAMI. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

25 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

26 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

En esos procesos, el sector empresarial ha sido el principal protagonista, dado que debían cumplir con estos mecanismos como requisito para obtener la aprobación de su proyecto.

Por otro lado, los líderes indígenas mencionan que si bien las comunidades indígenas son también las protagonistas del proceso de consulta, éstas deben participar a través de sus organizaciones indígenas, tanto las de base o locales como las centrales o nacionales. Consideran importante que no se excluya a las organizaciones nacionales del proceso, dado que tienen mayores recursos y experiencia con diferentes casos y, de esa manera, creen tener mayores posibilidades para poder defender mejor los derechos de las comunidades.

*"Ahora, con respecto a los representantes de los pueblos indígenas, se tiene que dejar que nosotros, los organismos centrales que estamos en el día a día comprometidos con todos estos temas y nos preparamos y estamos capacitados, podamos defender mejor los derechos de los pueblos indígenas. En cambio, si se nos desconoce y sólo quieren que participen las organizaciones de base, no creemos que haya una relación de igualdad, pues dichas organizaciones aún no están tan preparadas"<sup>27</sup>.*

Finalmente, señalemos las principales críticas que las organizaciones tienen respecto a la Ley de Consulta Previa aprobada en el Perú. Las organizaciones indígenas consideran que por lo menos cinco artículos de la Ley N° 29785 (Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT), son inconstitucionales, dado que contradicen lo mandado por el Convenio 169.

Los artículos cuestionados son los siguientes:

- Artículos 1 y 2

*"Artículo 1. Objeto de la ley:*

*La presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. (...)*

---

<sup>27</sup> Ídem.

## Artículo 2. Derecho a la consulta

*Es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. (...)*"

La crítica a estos dos primeros artículos gira en torno a la mencionada afectación "directa", cuando en el Convenio 169 se menciona que se deben consultar las medidas que sean "susceptibles de afectarlos directamente". Así, el argumento de las organizaciones indígenas es que las medidas no deben afectarlos directamente para consultar, sino que basta con que dichas medidas sean susceptibles o capaces de producirles una afectación directa para que deban ser consultados.

*"Por otro lado, el Convenio no dice que sea una afectación directa, sino susceptible de afectar"<sup>28</sup>.*

### - Artículo 7. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios

Como ya hemos señalado anteriormente, algunas organizaciones nacionales indígenas consideran que la ley ha agregado criterios que no estaban en el Convenio 169 ni en el derecho internacional:

*"Sí, tenemos varias críticas a varios artículos de la ley. No se tiene estipulado con claridad quiénes son los sujetos de derecho a consultar y en el convenio lo estipula claramente. En cambio, la ley nos agrega más criterios como, por ejemplo, nos dice que debemos ser distintos a la sociedad"<sup>29</sup>.*

### - Artículo 15. Decisión

*"La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. (...) En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos*

28 Ídem.

29 Ídem.

*indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo (...).”*

No están de acuerdo con que sea el Estado quien finalmente tome la decisión, dado que puede hacerlo sin tener en cuenta los pareceres de los pueblos indígenas, con lo que el proceso de consulta previa no sería más que otro formalismo.

Aunado a esto, las organizaciones indígenas consideran que si la finalidad del proceso de consulta es llegar a un acuerdo, éste debe ser plasmado en la decisión final. Este acuerdo es para ellos un consentimiento o licencia social para desarrollar o llevar a cabo el proyecto de inversión en sus territorios.

En ese mismo sentido, otra de las críticas que le hacen a la ley de consulta previa es que no menciona que debe existir consentimiento para algunos casos según el mismo convenio.

*“Ahora, los pueblos indígenas no estamos de acuerdo en que el Estado sea el que tome la última decisión sin que se tome en cuenta lo que opinan los pueblos indígenas”<sup>30</sup>.*

*“En ese diálogo debe haber un acuerdo y ese acuerdo es el consentimiento o la licencia social que dan los pueblos. Mientras que no haya eso, ninguna concesión o industria extractiva puede ingresar a nuestros territorios”<sup>31</sup>.*

*“Las críticas vienen por la implementación que no aborda el tema del consentimiento, no sobre la afectación, pues habla sólo de afectación directa y no de indirecta. El consentimiento cuando es necesario el desplazamiento de las poblaciones”<sup>32</sup>.*

- Segunda disposición complementaria

*“La presente ley no deroga o modifica las normas sobre el derecho a la participación ciudadana. Tampoco modifica o deroga las medidas legislativas ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia.”*

30 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

31 Felipe Cortez, líder indígena representante de la organización indígena CONACAMI. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

32 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Para muchos líderes de estas organizaciones indígenas nacionales, esta disposición complementaria es la más controversial. Ello debido a que, según esta norma, las medidas adoptadas con anterioridad a esta ley seguirán vigentes. De esto se desprende que esta disposición estaría diciendo que la consulta previa en el Perú recién estaría en vigencia a partir de la dación de esta ley, cuando sabemos que este derecho es vigente desde el año 1995, cuando entra en vigor el Convenio 169 de la OIT en Perú.

*"Las otras críticas van por el tema que dice que la consulta recién rige a partir del día siguiente de esa publicación"<sup>33</sup>.*

*"La segunda disposición complementaria que dice que los actos administrativos y legislativos dictados con anterioridad a la promulgación de esta ley quedaban subsistentes. Esta norma es contradictoria con el convenio que está vigente desde el año 95 que dice que hay que consultar, no que hay que hacer una legislación sobre consulta. El Estado debió buscar los mecanismos para hacerlo"<sup>34</sup>.*

Debemos tener claro que el Convenio 169 no señala que, como parte de las obligaciones que deben cumplir los Estados, se tenga que reglamentar los derechos señalados por el Convenio en la legislación nacional de cada país. Sin embargo, consideramos que si cada país cree conveniente reglamentar el Convenio en aras de tener claros los procedimientos en su aplicación, se debe hacer dentro del marco de lo regulado por el mismo.

De lo contrario, no se va a poder entablar un verdadero diálogo entre las comunidades y el Estado; por el contrario, se generará una tensión y mayor sensación de inconformidad.

*"Nosotros vamos a presentar una demanda de inconstitucionalidad a la Ley de Consulta Previa"<sup>35</sup>.*

## ***B. El rol de las organizaciones indígenas en el proceso de la consulta previa***

El proceso de la consulta previa supone también el fortalecimiento de las organizaciones indígenas en su rol como actores principales de dicho proceso, dado que son ellos los encargados de representar a los pueblos

33 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

34 Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESEP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

35 Ídem.

indígenas afectados por la medida a tomar por el Estado. Podemos decir, entonces, que una de las tantas funciones que va a cumplir el proceso de consulta previa es que los pueblos indígenas puedan acceder a mayores capacitaciones e informaciones sobre sus derechos. A partir de ello, se pueden generar mayores grados de representatividad y elegibilidad de sus representantes y, de ese modo, las organizaciones estarán conformadas por agentes capacitados y competitivos para la defensa adecuada del respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Asimismo, el proceso de consulta previa puede ser adecuado para mejorar las vías de comunicación y diálogo entre los integrantes de las organizaciones nacionales y las locales.

*"Las organizaciones indígenas estamos afirmando nuestro cargo de supervisores de las acciones estatales. Un reto que tenemos es que nuestras políticas nacionales se lleven y plasmen también en nuestras organizaciones de base en provincia"<sup>36</sup>.*

De ese modo, las organizaciones indígenas tienen como rol principal ser representantes de los pueblos indígenas para vigilar y hacer respetar sus derechos colectivos y, en muchos casos, también los derechos particulares de los integrantes de las comunidades que así lo requieran.

Las mismas organizaciones esperan que, a causa de estos nuevos procedimientos para entablar un diálogo intercultural con las comunidades de pueblos indígenas, las organizaciones puedan tener una mejor relación entre ellas y con sus representados.

*"AIDSESP representa a unas 1.800 comunidades indígenas, estamos hablando casi de un 80% del sector amazónico. A partir de esta ley, se ha originado un pacto de unidad con otras organizaciones indígenas para ser un bloque y hacer respetar los derechos"<sup>37</sup>.*

### **C. Oportunidades a partir de la consulta previa**

Las organizaciones indígenas consideran que la consulta previa planteada tal cual en el Convenio 169 de la OIT puede generar grandes oportunidades para prevenir los conflictos sociales con los pueblos indígenas.

<sup>36</sup> Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

<sup>37</sup> Julio Ibáñez, abogado representante de la organización indígena AIDSESP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Asimismo, resaltan que no están en desacuerdo con la inversión privada en sí misma, sino con las formas con las que se realizan los proyectos de inversión, sobre todo los extractivos, que son los que les afectan más.

*"No es que no estemos de acuerdo con el desarrollo, sí queremos desarrollo, pero buscando todos los medios posibles para que no haya afectación a las poblaciones y respeten sus derechos. Estamos de acuerdo con los proyectos de desarrollo, pero no con abusos"<sup>38</sup>.*

Por ello, plantean que una solución para conciliar las posturas encontradas de los distintos actores es implementar adecuadamente los procesos de consulta previa para que verdaderamente sean un medio por el cual se pueda entablar por primera vez un diálogo intercultural entre el Estado y las comunidades.

Al mismo tiempo, si este proceso es respetado por las empresas y éstas deciden incorporar dichos mecanismos para intervenir en las comunidades, se estaría evitando generar una mala relación entre los mismos. Es decir, la mayoría coincide en que si se respetan los procedimientos adecuados en la consulta previa, ésta podría ser un mecanismo de prevención de conflictos sociales.

*"Si la consulta se aplica con buena fe, va a haber un verdadero diálogo intercultural, creemos y apostamos que va a prevenir conflictos, que va a contribuir con el problema de no entendimiento y que va a resolver conflictos. Pero si no lo hacen así y va a pasar que sólo como discurso se plantea el diálogo intercultural, entonces sí se van a generar más conflictos"<sup>39</sup>.*

Sin embargo, tenemos una posición de una organización indígena que expresa que si el Estado no contempla sus propuestas para llegar a un acuerdo en el proceso de consulta previa, entonces no hay forma de que este procedimiento sea preventivo y, por el contrario, sería generador de más conflictos.

Una de las ideas con más fuerza señaladas por las organizaciones indígenas entrevistadas, es que este proceso sirva para poder evidenciar las demandas y las necesidades de los pueblos indígenas que muchas veces se encuentran desamparados en el acceso a sus derechos fundamentales. De ahí, se desprende que esperan un rol del Estado activo y muy proactivo.

38 Ídem.

39 Luz Gladys Vila Pihue, presidente de la organización indígena ONAMIAP. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Por otro lado, se ha señalado como propuesta, para conciliar los diferentes puntos de vista, que las comunidades tengan una forma de participación más directa en el proyecto de inversión y en los beneficios que éste puede generar. Señalan del mismo modo, con base en experiencias de algunas comunidades, que cuando las empresas asumen esta política mucho más participativa y logran tener el consentimiento de la comunidad donde van a trabajar, las relaciones han sido favorables y no se ha necesitado la participación del Estado para lograrlo.

## **V. Punto de vista del Estado**

Como ya se ha mencionado en la primera parte de este artículo, el Estado peruano es uno de los países pioneros en entablar mecanismos legales e institucionales para llevar a cabo los procesos de la consulta previa.

La legislación no es perfecta y tiene muchas oposiciones y/o críticas, entre ellas las reseñadas por las organizaciones de los pueblos indígenas. Así, tenemos la opinión del politólogo Manuel Bernales<sup>40</sup>, quien considera que la Ley de Consulta Previa peruana es repetitiva del Convenio 169 de la OIT y que, muchas veces, esta repetición contiene errores. Además, comenta que esta ley no era necesaria jurídicamente, pero sí políticamente, porque es una gran oportunidad para que los pueblos indígenas tengan un espacio de diálogo para llegar a consensos.

A pesar de las críticas que se formulan a la legislación nacional de consulta previa en el Perú, el sector del Estado considera que el avance de regular estos procedimientos da pie a que se mejoren los procesos con la práctica y que se abran nuevas posibilidades de entablar más mecanismos, leyes y políticas públicas a favor de los pueblos indígenas.

### **A. La consulta previa para el Estado**

Para el Estado, la consulta previa es entendida como un procedimiento que, a la vez, trae consigo el acceso a otros derechos a los cuales los pueblos indígenas no podían acceder antes. Asimismo, se entiende que este derecho supone que la toma de decisiones tenga en cuenta las prioridades de desarrollo de los pueblos a consultar. Cabe resaltar que este proceso tiene carácter de obligatoriedad para el Estado.

*"La consulta tiene doble contenido. Uno que es procesal: el Estado y los pueblos indígenas a través del diálogo buscan lograr*

<sup>40</sup> Politólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Director General de la Oficina de Gestión Social del Ministerio de Energía y Minas.

*un acuerdo o consentimiento de medidas que puedan afectarlos. Sustantiva, que origina el derecho de que los pueblos indígenas puedan decidir sus prioridades de desarrollo*<sup>41</sup>.

Asimismo, lo que busca es llegar a un acuerdo sobre medidas que los puedan afectar, mediante un diálogo intercultural, que verdaderamente tome en cuenta la cultura de las comunidades, sus formas de hacer sus procesos sociales y cuál es el rol de sus organizaciones.

En ese sentido, entiende que la consulta previa puede servir como una herramienta de prevención de conflictos sociales en el país, si es que se ejecuta tomando en cuenta las consideraciones que los pueblos indígenas expresen. Asimismo, no considera que esta herramienta genere prevención permanente y que, para hacerlo, se deben implementar otros mecanismos de participación.

Una de las utilidades más resaltantes que nos señala el Dr. Hernán Coronado, funcionario del Viceministerio de Interculturalidad, es que este procedimiento en términos políticos va a generar una nueva relación del Estado con los pueblos indígenas, basada en el diálogo intercultural.

En este contexto, se reafirma la idea de que los principales protagonistas de la consulta previa deben ser los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones y con sus modos de representación. En este punto, Gianina Luque, Comisionada del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, nos comenta que lo que hay que observar es cómo el Estado va a organizar su sistema y su organización, a la vez de promover y vigilar que el procedimiento de la consulta previa haga que los principales protagonistas sean los pueblos indígenas.

Por ello, la consulta también tiene como objetivo fortalecer a las propias organizaciones indígenas y sus liderazgos tanto en el nivel de organizaciones nacionales como locales. Es así como se considera que la consulta previa tiene un doble reto: uno para el Estado y otro para las organizaciones indígenas.

### ***B. Rol del Estado en la consulta previa***

El Estado tiene un rol principal respecto a la consulta previa, ya que es el único que debe promover y llevar a cabo el procedimiento. Ello se desprende desde el mismo Convenio 169 de la OIT.

---

41 Dr. Hernán Coronado Chuecas, funcionario del Viceministerio de Interculturalidad. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Cabe resaltar que desde hace años la Defensoría del Pueblo ha venido trabajando el tema de la consulta previa y de otros derechos de los pueblos indígenas por iniciativa, haciendo trabajos de campo con las mismas comunidades y ofreciendo proyectos y programas de capacitación de derechos.

Sin embargo, en palabras de Gianina Luque, falta que se indique con claridad las responsabilidades que cada institución del Estado va a asumir respecto al procedimiento de consulta previa.

Finalmente, se vuelve a hacer hincapié en que la consulta previa y su implementación son un proceso largo, al que se está haciendo seguimiento con las respectivas capacitaciones a sus instituciones para que hagan la mejor labor posible.

### ***C. Oportunidades de la consulta previa***

La consulta previa puede ser vista como una herramienta, primero, de prevención de conflictos sociales. Ello debido a que se plantea llevar a cabo un proceso de diálogo intercultural en el cual se van a poder aproximar y reconocer mutuamente el Estado y las comunidades indígenas, además de promover el acceso a derechos a los pueblos indígenas tanto de manera colectiva como individual<sup>42</sup>.

Sin embargo, hay que recordar, como señala el Dr. Coronado, que lo que está en juego son intereses contrapuestos, que son los que generan conflictos, y muchas veces los conflictos devienen en violencia.

En ese sentido, señala que no se puede esperar que los primeros procesos de consulta sean perfectos y sin errores, que pueden existir conflictos, pero no necesariamente serán por el proceso de consulta en sí, sino porque no se resolvieron los temas de fondo. Ahora, el Estado debe lograr que esos conflictos se puedan gestionar o transformar en soluciones beneficiosas para todas las partes.

La gran oportunidad que brinda la consulta previa para el Estado es el cambio de relación que venía teniendo con las comunidades indígenas. Y esta gran oportunidad también la tienen las empresas que a lo largo de la historia han tenido mala relación con las mismas por acciones que han realizado antes o que han encontrado de otras empresas.

---

<sup>42</sup> Gianina Luque, Comisionada del Programa de Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo. Entrevista realizada por Diana Álvarez, 2012.

De ahí que una solución para conciliar estos tres puntos de vista es teniendo espacios adecuados de interrelación cotidiana entre los actores (empresas, comunidades y Estado). Se debe brindar permanentemente información adecuada y transparente, haciendo partícipes a los pueblos indígenas de la toma de decisiones que les afecten, asumiendo compromisos claros y que se puedan cumplir, entre otros.

Finalmente, nos señala el politólogo Manuel Bernaldes que hay que cambiar las bases de la relación que se tiene con los pueblos indígenas, para lo cual se podría cambiar el tipo de concesiones que tienen el régimen peruano, que los pueblos indígenas se vuelvan socios de los proyectos de inversión, que se maneje y brinde la información adecuada y permanente y que el Estado tenga controles efectivos y permanentes de todas estas actividades.

## **VI. Punto de vista de las empresas**

Si bien ha quedado claro que el rol de promover el procedimiento y el derecho a la consulta previa es del Estado y que la empresa tiene un rol menos activo con base en nuestras legislaciones de esta materia, se considera de vital importancia que las empresas puedan usar de igual forma ciertos mecanismos de participación ciudadana más directos para poder entablar una relación más eficiente y duradera con los pueblos indígenas de las zonas en donde van a realizar sus labores.

Así tenemos que la mayoría de los representantes de las empresas que han salido en prensa entienden por la consulta previa lo que el Convenio 169 establece de manera literal. Por lo tanto, es un derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados cuando una medida administrativa o legislativa pueda afectarlos directamente.

Es claro que para el sector empresarial este derecho no dista mucho del derecho a la participación ciudadana, debido a que tienen clara la base de que no existe ningún derecho a veto por parte de los pueblos indígenas y que la decisión final sobre los proyectos de inversión la tiene el Estado.

Por ello, algunos consideran, como el Presidente de la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo (SNMPE), Pedro Martínez<sup>43</sup>, que dicho derecho debe ser regulado de manera transparente de modo que no se preste a ninguna interpretación que pueda ser errónea y les genere perjuicios.

---

43 "SNMPE: Ley de Consulta Previa debe ser reglamentada con transparencia". RRP Noticias. Recuperado el 21 de octubre de 2012 de: <http://maraton.rpp.com.pe/detalle.php?id=397922>.

Por otra parte, algunos consideran que la aplicación de la consulta previa puede ser beneficiosa para prevenir conflictos y de ese modo poder tener una buena relación de diálogo con las comunidades en donde ejecutarán sus proyectos de inversión<sup>44</sup>.

En el mismo sentido, también se considera que la implementación de la consulta es de utilidad para fortalecer el Estado y el reconocimiento de su pluralidad como nación, además de propiciar una mejor manera de entablar las relaciones con los pueblos indígenas a través de espacios de diálogo.

*"En la sociedad de minería hay una línea maestra de cómo hacemos para fortalecer la cultura de diálogo. Para nosotros, esta ley es una herramienta para fortalecer eso. Hoy es un espacio adicional para cerrar brechas y poder tener una mejor relación con las comunidades"*<sup>45</sup>.

Sin embargo, también hay algunas empresas que consideran que la sola aplicación de la consulta previa está generando y va a generar más conflictos; por lo tanto, no sería beneficiosa.

*"Como se viene presentando, creo que va a incentivar los conflictos; la sola puesta en agenda de lo que por entonces era un proyecto de ley de consulta previa ya generó muchas tensiones en el Estado nacional. El mecanismo teórico de aproximación socio-intercultural, a la fecha, es más un elemento de disociación que de unidad. Esto es un hecho verificable, más allá de la opinión personal que formulo"*<sup>46</sup>.

## **VII. Conclusiones y propuestas**

Como podemos apreciar, la aplicación de la consulta previa, a pesar del marco jurídico vigente, todavía es un tema pendiente en el Perú. Además, es necesario que los diversos actores puedan entablar procesos de debate para conocer el tema y definir los procedimientos de aplicación.

---

44 "Petroperú confía en que consulta previa prevendrá conflictos en Amazonía". El Comercio. Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1462768/noticia-petroperu-confia-que-consulta-previa-prevendra-conflictos-amazonia>.

45 "SNMPE señala que la consulta previa será un espacio para cerrar brechas". Perú en Conflicto. Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://www.peruenconflicto.pe/ley-de-consulta-previa/peru-snmpe-destaca-que-ley-de-consulta-previa-sera-un-espacio-para-cerrar-brechas/>.

46 Guillermo Vidalón, Superintendente de Relaciones Públicas de Southern Perú Copper Corporation. Entrevista realizada por Diana Álvarez. 2012.

Como hemos indicado, hasta antes de 2009, el tema indígena era prácticamente inexistente en la agenda pública del país; recién a raíz de penosos sucesos se ha iniciado un debate todavía incipiente sobre la presencia y los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, las posibles implicancias de la consulta previa aún generan más dudas que certezas en un país donde todavía el racismo y el etnocentrismo son el sentido común de la mentalidad de la sociedad y las entidades estatales.

La aparición de las organizaciones indígenas, reivindicando los derechos que les reconoce el Convenio 169 en el marco de los conflictos, alguno de ellos muy violentos, que se han vivido en el país en los últimos meses, ha causado que el tema de los pueblos indígenas y sus derechos genere el interés de las empresas, el Estado y la prensa; sin embargo, todavía estamos muy lejos de que este interés se convierta en una conciencia respecto a la existencia de culturas diferentes en nuestro país y la necesidad de un enfoque intercultural que permita revertir la exclusión en la que se ha mantenido a estas otras culturas respecto de la toma de decisiones.

Como vemos en las entrevistas realizadas, tanto el Estado como los pueblos indígenas coinciden en la obligación que existe de consultar a los pueblos indígenas y la potencialidad de que estos mecanismos de consulta, si son bien aplicados, puedan en el futuro disminuir los conflictos sociales. Lamentablemente, los desacuerdos en algunos aspectos principales -como la definición de pueblos indígenas, la inclusión de los supuestos de consentimiento- han hecho que se haya desperdiciado la oportunidad de realizar un proceso de diálogo que lleve a tener por primera vez un consenso entre el Estado y las organizaciones indígenas, lo que hubiera implicado un escenario diferente al que actualmente tenemos.

De todos modos, tenemos una legislación vigente que tiene que ser implementada y, seguramente, cuando se inicien los procesos de consulta (se tiene previsto realizar el primero en la Región Loreto en los próximos meses), se verá si las preocupaciones de las organizaciones indígenas tenían o no fundamento o si el Estado demuestra a través de la práctica que sí se respetarán los estándares internacionales.

En el caso del tercer actor, es decir, las empresas, debemos indicar, en primer lugar, que nos ha sido muy difícil contactarlas para que brinden declaraciones, por lo que todavía está pendiente conocer cuál es su posición sobre el tema. Sin embargo, de las informaciones aparecidas en prensa con motivo de los conflictos que se han suscitado en diferentes zonas, podemos presumir que no están muy de acuerdo con la aplicación de la consulta previa porque implicaría obstaculizar sus inversiones y, además, porque consideran que

la población no protesta porque quiere ser consultada, sino porque está azuzada por terceros con intereses meramente políticos. En todo caso, tanto para las empresas como para el Estado y las organizaciones indígenas, se trata de un escenario nuevo, donde se tienen que aplicar normas que en muchos casos los abogados que los representan no han estudiado en su formación y que no conocen o con las cuales no están de acuerdo.

Frente a este panorama, nosotros proponemos algunas medidas de corto y largo plazo que se deberían tomar para conciliar los intereses de los tres actores (Estado, pueblos indígenas y empresas) y permitir que se cumpla con el marco jurídico vigente y además se disminuyan los conflictos y se logre un desarrollo sostenible para todos.

En el corto plazo:

- Publicar la base de datos elaborada por el Viceministerio de Interculturalidad para conocer a quiénes se ha considerado como pueblos indígenas e iniciar un debate al respecto.
- Revisar la legislación vigente para determinar cuáles son las normas que deben ser adecuadas al nuevo marco jurídico conformado por el Convenio 169, la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.
- Conformar en el nivel nacional una mesa de diálogo entre las organizaciones indígenas y el Estado que funcione de manera permanente e institucionalizada para ir definiendo de manera progresiva la aplicación del marco jurídico vigente.
- Mejorar los mecanismos de manejo y prevención de conflictos, atendiendo las denuncias que existen por casos graves de contaminación ambiental.
- Propiciar y difundir experiencias positivas de diálogo intercultural y obtención de consensos en torno a objetivos comunes como el cuidado del medio ambiente o la superación de la desnutrición infantil.

En el largo plazo:

- Recuperar el rol central del Estado no sólo como garante de las inversiones, sino como garante de que los recursos sean usados para mejorar la calidad de vida de las poblaciones más pobres.

- Implementar mecanismos para que los pueblos indígenas puedan estar representados y participar en la toma de decisiones respecto al desarrollo del país, las concesiones a empresas extractivas, etc.
- Implementar mecanismos, conducidos por el Estado, para que tanto el Estado como las organizaciones indígenas y las empresas puedan establecer un diálogo intercultural donde verdaderamente se escuchen y respeten todas las opiniones y se puedan ir generando consensos.
- Realizar el ordenamiento territorial y ecológico del territorio en el nivel nacional para establecer las zonas en las que se puede realizar actividad minera, las zonas destinadas para otras actividades y las que se mantienen como reservas ecológicas; este ordenamiento debe hacerse con la participación de las organizaciones indígenas y también con la participación de las entidades que representan al sector empresarial.
- Promover que las empresas extractivas y de otros rubros conozcan el marco jurídico sobre pueblos indígenas, la importancia de proteger sus culturas y los beneficios económicos que les puede traer el incorporar un enfoque intercultural en sus políticas empresariales.
- Mejorar la fiscalización ambiental a las actividades extractivas, incluyendo a las empresas no formales, imponiendo sanciones severas que sean ejemplificadoras.
- Promover la revalorización de la identidad indígena tanto al interior de los mismos pueblos indígenas como en la sociedad en general, para conocer y comprender los aportes que pueden hacer al desarrollo del país.

## Bibliografía

Anchante Rullé, Marlene. "La Ley de Consulta Previa: ¿Caos o inclusión social?". Recuperado el 15 de noviembre de 2012 en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/marleneanchante/category/9187/tag/Marlene%20Anchante>.

Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) y otros. *Perú: Informe alternativo 2012. Sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Lima: AIDSESP, 2012.

Bermúdez, Lelly. "El derecho a la consulta de los pueblos indígenas". En: *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. Tomo 39. Septiembre de 2011.

Bermúdez, Manuel. "Análisis del manejo del desarrollo legislativo y temático de la consulta a pueblos indígenas". *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Tomo 39. Septiembre de 2011.

Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung. *Lineamientos para una agenda pública en derechos de los pueblos indígenas*. Lima: KAS, 2011.

Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC). Observación, CEARC / 80ª reunión. Febrero, 2010.

Congreso de la República. Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. *Informe. Implementación del derecho a la consulta previa, libre, informada y buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República*. Lima, 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, aprobado el 30 de diciembre de 2009 y publicado en 2010.

El Comercio. Petroperú confía en que consulta previa prevendrá conflictos en Amazonía. Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1462768/noticia-petroperu-confia-que-consulta-previa-prevendra-conflictos-amazonia>.

Grupo Internacional de Trabajo Sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). *El mundo indígena*. Copenhague: IWGIA, 2012.

Landa, César. "Interculturalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. Tomo 39, septiembre de 2011.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). *La aplicación del Convenio 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina*. 2009

Perú. Ley N° 29785, *Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. 2011.

Perú. Decreto Supremo N° 001-2012-MC. *Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. 2012.

Perú en Conflicto. "SNMPE señala que la consulta previa será un espacio para cerrar brechas". Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://www.peruenconflicto.pe/ley-de-consulta-previa/peru-snmpe-destaca-que-ley-de-consulta-previa-sera-un-espacio-para-cerrar-brechas/>.

RRP Noticias. "SNMPE: Ley de Consulta Previa debe ser reglamentada con transparencia". Recuperado el 21 de octubre de 2012 en: <http://maraton.rpp.com.pe/detalle.php?id=397922>.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. *La implementación del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Una mirada constitucional*. Lima, 2011.

Ruiz Molleda, Juan Carlos; Luis Andrés Roel Alva y Javier La Rosa Calle. *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas*. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2011.

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC. 9 de junio de 2010.



## LOS AUTORES





## LOS AUTORES

### *Bolivia*

#### **Vladimir Ameller Terrazas**

Economista de la Universidad de Santiago de Chile. *Summa cum laude* en la Maestría de Descentralización y Desarrollo Económico de la Universidad de las Américas - Ecuador. Trabajó por muchos años en el sector público desde el inicio de la participación popular y por más de un quinquenio lo viene haciendo en la cooperación internacional. Es docente en diversas universidades tanto nacionales como internacionales. Autor de varios libros y publicaciones asociadas en torno a la descentralización fiscal, la gestión territorial y el régimen de autonomías.

#### **Diego Chávez Rodríguez**

Politólogo con Maestría en Descentralización y Gestión Pública. Investiga sobre descentralización, autonomías, gobernabilidad, gobernanza, Estado, democracia y prospectiva política. Es Director de Cofradía Política ([www.cofradiapolitica.com](http://www.cofradiapolitica.com)) y columnista de Ballotage ([www.ballotage.cl](http://www.ballotage.cl)). Posee un Diplomado en Interculturalidad y Descolonización y una especialización en Estudios Culturales Latinoamericanos. Entre sus publicaciones se encuentran: "La Construcción del Estado Autonomico en Bolivia" (Coautor), "Genética de las instituciones de coordinación intergubernamental del régimen autonomico" y "Construcciones teóricas para descolonizar la colonialidad del saber y la construcción de la interculturalidad crítica".

### *Brasil*

#### **André Fernando Baniwa**

Nascido na Terra Indígena do Alto Rio Negro, comunidade Tucumã Rupitá em 1971; ativista do movimento indígena do Rio Negro desde 1992; empreendedor social reconhecido pela Ashoka Associação Internacional para Empreendedores Sociais, Rio de Janeiro, 2001; diretor-presidente da Organização Indígena da Bacia do Içana (OIBI), 1996-2008; conselheiro e presidente do Conselho Municipal de Saúde (CMS), 1997-2000; coordenador da Coordenadoria de Associações Baniwa e Coripaco (CABC), 2001-2004; presidente do Conselho Diretor da FOIRN, 2003 e 2004; Diretor da Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (FOIRN), 2005-2008; presidente do Conselho Distrital da Saúde Indígena do Alto Rio Negro (CONDISI), 2006-2008; conselheiro político da Rede de Cooperação Alternativa, 2005-2008;

Vice-Prefeito Municipal de São Gabriel da Cachoeira, 2009-2012. Trabalhos premiados em nível nacional: Arte Baniwa (2001-2002 SP e Brasília), Trienal da Medicina Tradicional Baniwa e Coripaco (1998 – SP), Escola Indígena Baniwa e Coripaco (2005 – SP), Pimenta Baniwa (2007 – Brasília).

## ***Colombia***

### **Guillermo Alberto Padilla Rubiano**

PhD en Estudios Latinoamericanos con énfasis en Antropología Jurídica, Universidad de Berkeley (California), 2005; Doctor en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, 1979. Entre otros cargos, ha sido Coordinador del Área de Desarrollo del Programa Presidencial sobre Asuntos Indígenas (Red de Solidaridad Social), PMA (ONU) y la Presidencia de la República de Colombia; Asesor Técnico Principal del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Guatemala. Oficial de Asuntos Indígenas, Naciones Unidas, Nueva York y Profesor visitante de la Universidad de Austin, Texas. Actualmente Profesor/Investigador, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS PACIFICO SUR, en Oaxaca, México. Ha participado en muchos congresos y conferencias, y escrito diversos artículos y libros sobre temáticas relativas a derechos indígenas, derechos humanos, pluralismo jurídico y otras.

## ***Guatemala***

### **Guisela Mayen**

Antropóloga, licenciada en Ciencias Sociales por la Universidad del Valle de Guatemala. Realizó estudios de doctorado en la Universidad de París VIII. Ms. en Derecho Indígena por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y la Universidad de San Carlos de Guatemala. Experta en peritaje cultural y antropológico. Docente universitaria en diversas universidades e instituciones de educación superior guatemaltecas. Ha realizado diversas investigaciones sobre cultura maya, discriminación y racismo, participación política de la mujer indígena, pobreza, educación en comunidades indígenas y derecho Indígena. Actualmente es investigadora y coordinadora de proyectos de la Asociación Waqib Aj, consultora de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, PNUD y otras agencias internacionales. Ha publicado tres tesis de grado, diez libros y alrededor de 40 artículos académicos sobre derecho indígena, pluralismo jurídico, poder local, cofradía indígena, participación política de las mujeres y tierras comunales.

## **México**

### **Leticia Aparicio-Soriano**

Indígena nahua, originaria de San Francisco Altepexi, Puebla, México. Maestra en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Texas en Austin. Concentración: Antropología y Derechos Indígenas. Especializada en Educación Intercultural Bilingüe, Universidad Indígena Intercultural, Programa de Educación Intercultural Bilingüe de los Andes, con sede en la Universidad Mayor de San Simón, Cochabamba, Bolivia. Licenciada en Trabajo Social por la Escuela Nacional de Trabajo Social, Universidad Nacional Autónoma de México. Docente de la Escuela Nacional de Trabajo Social de la Universidad Nacional Autónoma de México. Socia de la Red Interdisciplinaria de Investigadores de los Pueblos Indios de México, A.C.

## **Panamá**

### **Jorge R. Panay B.**

Economista especialista en Desarrollo Local con una vasta experiencia en el área de Desarrollo Humano del sector público panameño, en el diseño de políticas públicas territoriales y locales, organización comunitaria, administración local, atención a grupos excluidos y administración de gobiernos locales. Es Master en Dirección y Gestión Pública Local, Universidad Carlos III, Madrid, España. Diploma de Graduados en Economía del Desarrollo de la Universidad de Vanderbilt, Nashville, TE, USA, Diplomado en Diseño de Estrategias Regionales, Comisión Económica para América Latina (CEPAL-ILPES), Licenciatura en Economía de la Universidad de Panamá. Docente universitario en las áreas de Economía Laboral, Gestión Turística y Administración y Gestión de Proyectos Sociales e investigador en la Universidad Especializada de las Américas. Conferencista, consultor, articulista y miembro de gremios y asociaciones del área de desarrollo local. Fue fundador y presidente de la Asociación de Municipios de Panamá, Consejo Nacional de Reforma del Estado, Fundación para el Desarrollo Local de Centroamérica, presidente de Federación de Municipios de Centroamérica y vicepresidente de la Fundación DEMUCA.

## **Perú**

### **Mirva Aranda Escalante**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister en Antropología y Derecho por la Escuela de Economía y Ciencia Política de

Londres, Inglaterra. Ha investigado los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas en el sur del Perú. Ha trabajado como coordinadora de proyectos y consultora en diversas organizaciones no gubernamentales. También se ha desempeñado como profesora del departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha publicado una serie de libros sobre el pluralismo jurídico en el Perú y la región andina. Fue elegida delegada nacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica en el 2009. Recibió varias distinciones por su labor profesional y académica, entre ellas la beca para estudios de Postgrado del Programa Internacional de Becas de la Fundación Ford, en el 2004. En la actualidad, se desempeña como investigadora principal del área de gobernabilidad democrática de la Comisión Andina de Juristas y también es parte del Consejo de Expertos del Programa de Participación Política Indígena de la Fundación Konrad Adenauer.

## Sobre el libro

El derecho a la consulta previa, libre e informada, aunque anclado en varios instrumentos internacionales, siendo uno de los más importantes el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, en los últimos años ha provocado diversas reacciones sobre todo en las poblaciones indígenas debido al incumplimiento de este derecho por parte de los Estados. Los pueblos indígenas, muchas veces, no están bien informados y no tienen la capacidad de negociar al mismo nivel que las empresas y los Estados; los Estados se encuentran en un conflicto entre fomentar el desarrollo económico para todo un país y proteger el hábitat y las costumbres de una menor parte de la población; y las empresas persiguen fines gananciales que pueden beneficiar pero también perjudicar a los pueblos indígenas. Al mismo tiempo, buscan seguridad jurídica para sus inversiones y, por lo consiguiente, también tienen interés en el efectivo cumplimiento de la consulta.

El libro denominado "El derecho de la consulta previa de los pueblos indígena en América Latina", una publicación del PPI, es una recopilación del estado de la consulta previa a pueblos indígenas en diversos países de América Latina como Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, México, Panamá y Perú. Los autores de los diferentes ensayos son Vladimir Ameller/Diego Chávez (Bolivia), André Fernando (Brasil), Guillermo Padilla (Colombia), Guisela Mayén (Guatemala), Leticia Aparicio (México), Jorge Panay (Panamá) y Mirva Aranda (Perú), elaboran los avances jurídicos en cuanto al reconocimiento de este derecho en los respectivos países, tanto a nivel nacional como internacional. Posteriormente se realiza un análisis de la aplicación real de la consulta previa.

Este es un tema de gran potencial de conflictos, debido a ello este libro pretende abogar por un diálogo entre todos los actores partícipes en un proceso de consulta previa, siendo estos el Estado, las empresas y los mismos pueblos indígenas. La visión de cada uno de estos diferentes actores es analizada. Sólo un entendimiento de todos los puntos de vista ayuda a un manejo pacífico de este proceso y por lo tanto a un verdadero mecanismo democrático.

En base a este análisis, los autores realizan propuestas de conciliaciones de visiones que pueden ayudar al fomento de un diálogo eficiente y equitativo entre los diferentes partidos/partes.

